

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

NATURE JURIDIQUE
DE LA
CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Lundi 22 Juin, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Henri REDEUILH

BORDEAUX

IMPRIMERIES DELMAS, CHAPON, GOUNOUILHOU

9-11, RUE GUIRAUDE, 9-11

—
1925





Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

NATURE JURIDIQUE
DE LA
CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences politiques et économiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le Lundi 22 Juin, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

Henri REDEUILH

BORDEAUX

IMPRIMERIES DELMAS, CHAPON, GOUNOUILHOU

9-11, RUE GUIRAUDE, 9-11

—
1925

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES : MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✻ I.;
BARDE, ✻ I.; LESCURE, O I, ✻.

- MM. DUGUIT, O ✻, ✻ I., *Doyen*, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
DE BOECK, ✻ I., *Assesseur du Doyen*, professeur de *Droit international* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
BENZACAR, ✻ I., professeur d'*Economie politique* et chargé d'un cours de *Législation financière* (3^e année).
FERRON, ✻ I., professeur de *Droit commercial*.
FERRADOU, ✻ I., professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit* (Doctorat).
MARIA, ✻ I., professeur de *Droit romain*.
MARGAT, ✻ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité).
BONNECASE, ✻ A., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
PALMADE, ✻ A. ✻, professeur de *Droit civil*, député de la Charente-Inférieure.
VIZIOZ, professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit* (Doctorat).
PIROU, ✻ A., professeur d'*Economie politique et Science financière* et chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques*.
BONNARD, ✻ I. ✻, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel* (Doctorat).
POPLAWSKI, professeur de *Droit criminel*, et chargé d'un de *Législation industrielle*.
BOYE, chargé du cours de *Droit romain* (2^e année) et du cours de *Pandectes*.
LABORDE-LACOSTE, professeur, chargé du cours de *Droit civil* (Licence) et d'un cours de *Droit civil* (Capacité).
M. MONTIGAUD, ✻ I., *Secrétaire*.
M^{me} COSTES, *commise au secrétariat*.
M. SALINGARDES, ✻ I., *bibliothécaire*.
-

COMMISSION DE LA THÈSE

Président : M. DUGUIT, professeur.
Suffragants : M. BONNARD, professeur.
— M. POPLAWSKI, professeur.



NATURE JURIDIQUE

DE LA

CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

INTRODUCTION

§ 1. — *Sens divers du mot « concession ».*

Avant d'aborder notre sujet, il est nécessaire, afin d'éviter toute confusion, de préciser les différents sens du mot « concession ».

Dans le langage courant, lorsque deux personnes ne sont pas d'accord, si l'une d'elles consent à se désister, au moins en partie, de son opinion ou de ses prétentions, on dit qu'elle fait à son adversaire « *une concession* ». Inutile d'insister sur ce sens général; mais au point de vue de la technique juridique « concession » est encore employé dans bien des sens.

On parle tout d'abord de « *concession sur le domaine public* ». C'est l'acte (contenant un élément contractuel) par lequel l'autorité compétente permet à un particulier d'user privativement d'une portion déterminée du domaine public. La concession est une convention qui constitue, à certains égards tout au moins, un contrat ⁽¹⁾. Elle se distingue par ce caractère contractuel de la « permission », qui est aussi un acte par

(1) Voy. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 3, p. 348.

lequel l'autorité compétente autorise un particulier à user privativement d'une portion déterminée du domaine public, mais qui n'est pas un contrat ⁽¹⁾.

La permission peut être un accord de volontés, une convention, mais elle ne fait pas naître une situation de créancier et de débiteur entre les parties; à sa suite, se produit une situation légale objective au profit du permissionnaire.

Dans un autre sens, le mot concession désigne l'acte par lequel une collectivité publique (Etat, département, commune) charge un particulier, qui accepte, d'assurer à ses lieu et place le fonctionnement d'un *service public*, sous certaines conditions prévues en général dans un *cahier des charges*. C'est le cas d'une commune qui confie à une société électrique l'exploitation d'un service d'éclairage. L'entrepreneur s'engage à assurer ledit service moyennant une rétribution à percevoir sur les consommateurs. C'est dans ce sens que les grandes compagnies de chemins de fer d'intérêt général sont dites « concessionnaires de l'Etat ».

Le mot « concession » ne devrait pas être employé dans d'autres acceptions. Cependant, nous le rencontrons pour désigner des situations qu'il ne semble guère possible de rattacher à l'un ou l'autre des deux cas envisagés. Nous voulons parler des *concessions de mines* et des *concessions d'énergie hydraulique*.

(1) Il y a une trentaine d'années, les auteurs voyaient une autre différence entre la « concession » et la « permission » sur le domaine public. D'après eux, la permission était toujours accordée en vue d'une activité privée, la concession en vue du fonctionnement d'un service public. La concession comportant un élément contractuel paraissait offrir à l'exploitant d'un service public, plus de garantie que la permission qui pouvait être révoquée à tout instant, même discrétionnairement. Mais depuis cette époque, la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est affirmée en ce sens que la permission peut être révoquée seulement dans le cas où l'intérêt de la domanialité l'exige. La situation du permissionnaire étant dès lors devenue aussi sûre que celle d'un concessionnaire, nous trouvons des permissions accordées en vue du fonctionnement d'un service public et inversement des concessions établies dans un but d'utilité privée. Par exemple la loi du 15 juin 1906 sur la distribution de l'énergie électrique autorise l'établissement de réseaux destinés à alimenter un service public sous le régime de la permission et de lignes d'intérêt privé sous le régime de la concession.

Supposons que l'Etat crée artificiellement dans un gisement minier (amas de minerais dans une région du sol) un domaine nouveau : la *mine*; ou bien il exploite lui-même cette dernière, ou bien il en donne l'exploitation à un particulier : le propriétaire du sol ou un tiers. A cette seconde hypothèse, s'applique l'expression « *concession de mine* ». Il faut écarter ici toute idée de concession sur le domaine public. Si la portion du gisement minier cessait, par suite d'une sorte d'expropriation indirecte, d'appartenir au propriétaire de la surface, pour passer dans le domaine de l'Etat, elle ne saurait faire partie du domaine *public* de l'Etat qui comprend seulement les choses affectées à l'usage du public ou à un service public. Il ne paraît pas possible non plus — au moins à l'heure actuelle — de voir dans l'exploitation des mines un service public et, par conséquent, de faire intervenir ici l'idée de concession de service public ⁽¹⁾.

Le mot « concession » est encore employé dans un cas très particulier par la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique. Faut-il voir dans la concession d'énergie hydraulique une concession sur le domaine public ? Cette opinion peut être soutenue lorsqu'il s'agit d'une usine établie sur un cours d'eau navigable ou flottable, c'est-à-dire appartenant au domaine public de l'Etat; mais, au cas où l'énergie est produite par une chute ou un cours d'eau ne faisant pas partie du domaine public, cette explication est sans valeur. S'agit-il d'une véritable concession de service public ? Il paraît bien certain, comme nous l'expliquerons plus loin, qu'il faut, au moins, dans les circonstances présentes, répondre négativement. Le sens donné par la loi du 16 octobre 1919 au mot concession est à rapprocher de celui de « concession de mines ». Cette acception, très spéciale sans doute, ne saurait cependant être qualifiée d'incorrecte; en tout cas, nous devons admettre ce sens, faute d'autre expression plus exacte.

Il n'en est pas de même d'autres locutions dans lesquelles

(1) Cf. loi sur les mines du 9 sept. 1919 modifiant la loi du 21 avril 1810.

est employé le mot concession. Il est quelquefois question de « *concession sur le domaine privé* » de l'Etat ou d'autres collectivités publiques. Le législateur lui-même a fait usage de cette expression. L'emploi du mot concession est ici certainement abusif. Dans les situations envisagées, il s'agit en général de *locations*; le mot « concession » ne saurait donc être utilisé lorsqu'on parle du domaine privé.

Signalons enfin une expression vicieuse, autrefois unanimement admise, très souvent usitée encore aujourd'hui : « *concession de travaux publics* ». « La concession de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage, envers une personne administrative, à exécuter un travail public moyennant la concession de l'occupation de l'ouvrage public pendant un certain délai et la permission de lever une taxe sur le public à l'occasion de l'usage que celui-ci fait de l'ouvrage public. » Ainsi s'exprimait M. Hauriou dans la 4^e édition (1900) de son *Précis de droit administratif*. Dans les plus récentes éditions de leurs manuels de droit administratif, M. Hauriou et M. Berthélemy persistent à considérer, avant tout, la concession comme un mode d'exécution des travaux publics. Ils traitent la matière dans la partie de leurs ouvrages relative aux travaux publics. « La concession de travaux publics est un procédé d'exécution des travaux extrêmement intéressant en ce qu'il associe l'opération de l'exploitation de l'ouvrage public à l'opération de la construction », écrit M. Hauriou dans son *Précis de droit administratif*, 10^e édition, p. 753. De même, M. Berthélemy donne de la concession la définition suivante : « La concession de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engageant à effectuer ou à entretenir un travail public, reçoit en retour, avec la charge d'exploiter le service auquel ce travail est destiné, le droit d'en percevoir les bénéfices durant une période déterminée. » (Berthélemy, *Droit administratif*, 9^e édition, p. 664.)

De fait, la concession de service public est souvent accompagnée d'un *marché de travaux publics*. Habituellement, il est nécessaire de créer ou d'aménager une dépendance du

domaine public en vue du fonctionnement du service public. Par exemple, un service de transport en commun exige quelquefois l'établissement d'une voie ferrée. Celle-ci pourra être établie sur une dépendance du domaine public déjà existante (tramway). Souvent, la dépendance du domaine, qui sera moyen de service public, est elle-même à créer (chemin de fer). En ces cas, il est passé un marché de travaux publics. Mais c'est un acte indépendant de la concession, et l'analyse juridique doit distinguer ces deux opérations, même si elles sont prévues dans un document unique. Si la concession est fréquemment accompagnée d'un marché de travaux publics, elle ne l'est pas nécessairement. Reprenons l'exemple des transports en commun : la concession d'un service public d'autobus n'évoque l'idée ni de travaux, ni de domaine publics. Il en est ainsi d'autres services concédés, par exemple celui de l'octroi; de même, sous l'ancien régime, le système de la ferme pour la perception des impôts indirects constituait une concession de service public n'impliquant en aucune manière la notion de travaux publics. La concession de service public est donc une opération indépendante de toute idée de domaine et de travaux publics.

§ 2. — *Objet de notre étude.*

Après ces notions préliminaires, arrivons à l'objet du présent travail : *la concession de service public, c'est-à-dire l'acte par lequel l'autorité compétente charge un particulier, qui accepte, d'assurer à ses lieu et place le fonctionnement d'un service public, moyennant certains arrangements financiers et sous certaines conditions prévues en général dans un cahier des charges.*

La concession sera donc envisagée indépendamment de toute idée de domaine et de travaux publics. Nous avons déjà signalé que bien des services ne soulevant cependant aucune question de travaux ni de domaine public peuvent être et en fait ont été concédés.

De même, pour rester dans les limites fixées par notre titre, nous n'insisterons pas sur le point de vue économique : par conséquent, nous n'instituerons pas de parallèle entre les avantages respectifs de la *régie* et de la *concession*; nous n'examinerons pas non plus les diverses modalités de la concession; *nous nous bornerons à étudier sa nature juridique* et nous essayerons seulement de montrer la parfaite cohérence du système.

CHAPITRE PREMIER

Les services publics concédés.

Il convient d'insister sur ce fait : *La concession est un mode d'exploitation des services publics*. Il faut donc se garder de voir dans les services concédés des entreprises privées qui, vu leur importance sociale, seraient soumises à la surveillance des gouvernants, comme le sont certaines professions (dentistes, médecins, pharmaciens, établissements dangereux ou insalubres). *Les services concédés ne perdent pas leur caractère propre.*

§ 1. — *La notion de service public.*

Il faut éviter de croire qu'il y a service public chaque fois qu'une activité est exercée par l'Etat ou une collectivité publique. L'Etat, par exemple, exploite la Manufacture de Sèvres ou l'Imprimerie Nationale, mais ces entreprises ont le même caractère que si elles étaient exploitées par un industriel quelconque, par un simple particulier.

Le service public est une branche de l'activité humaine, qui, à une époque et dans un lieu donnés, a une telle importance sociale, qu'elle ne saurait être interrompue un seul instant sans préjudice pour la collectivité et que les gouvernants ont le devoir d'assurer, parce que l'initiative privée ne saurait y suffire.

Ce devoir des gouvernants est une conséquence de la règle de Droit supérieur qui s'impose à eux. Cette règle a-t-elle un

fondement rationnel (d'ordre théologique, métaphysique ou positif) ou bien doit-elle être admise comme un postulat ? Ce n'est pas ici le lieu de chercher à l'établir; nous nous contenterons donc d'affirmer son existence et d'en tirer des conséquences pratiques ⁽¹⁾. C'est à cette règle de Droit supérieur qu'obéissent les gouvernants, non seulement lorsqu'ils reconnaissent la nécessité de leur intervention et créent un service public, mais encore lorsqu'ils en prévoient les détails d'organisation. Elle leur impose l'obligation de faire à chaque instant tout acte nécessaire à la bonne marche du service et à lui apporter les modifications réclamées par l'intérêt général. L'acte par lequel l'autorité compétente crée un service public est une *loi au sens matériel*, puisque c'est la constatation et la mise en œuvre de la règle de Droit. D'autre part, lorsque les gouvernants prévoient les détails du fonctionnement du service, ils font encore une *loi au sens matériel*. Comme le pense M. Duguit, en créant le service public, ils font une *loi normative*; en établissant son organisation, ils font une loi constructive; or, la loi constructive n'est que le développement de la loi normative; comme elle, c'est une loi au sens matériel. Ceci est vrai quels que soient la forme extérieure de ces actes et l'organe qui les fait, puisque, par définition, la loi au sens matériel est une disposition par voie générale, constatation et mise en œuvre de la règle de Droit considérée indépendamment de l'organe dont elle émane, tandis que la *loi formelle* est une disposition *quelconque* émanée de l'organe qui, à une époque et dans un pays donnés, a le caractère d'*organe législatif* ⁽²⁾.

Ces propositions sont admises sans difficulté, s'il s'agit d'un service exploité directement par l'Etat ou une collectivité publique. En effet, le service est alors établi, et son organisation prévue par une loi ou un règlement (décret, arrêté muni-

(1) Voyez Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 1.

(2) Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 1, p. 36.

Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e édit., p. 90.

Jèze, *Les Principes généraux du droit administratif*, 2^e édit., p. 21.

cial, etc.). Mais il faut bien se persuader qu'elles restent vraies, quel que soit le mode d'exploitation du service public, et, en particulier, s'il est assuré par un concessionnaire.

S'il est assez facile de comprendre ce qu'est un service public, il est beaucoup moins aisé de donner en cette matière une énumération. Le nombre de ces services est très variable suivant les pays et les époques; il augmente avec les progrès de la civilisation. Cela se conçoit, puisque celle-ci consiste dans l'accroissement des besoins susceptibles d'être satisfaits dans un même temps. Dans les Etats où la civilisation n'a pas atteint un niveau très élevé, le nombre des services publics est restreint. Aux débuts de la monarchie capétienne, les sujets ne réclamaient à leur roi que : « l'ordre et la paix par la justice », formule qui exprimait la nécessité de trois grands services publics : Guerre, Police, Justice. Certains économistes estiment que le rôle de l'Etat devrait encore de nos jours se borner à assurer *la paix avec les voisins* (service de Guerre) et *la paix entre les citoyens* (services de Police et de Justice); mais les faits dépassent les théories, et il est certain que d'autres activités constituent aujourd'hui des services publics.

CRITÉRIUM DU SERVICE PUBLIC. — Existe-t-il au moins un critérium qui nous permette de reconnaître si, dans tel cas déterminé, il y a ou non service public ?

M. Jèze a écrit : « A quoi reconnaît-on qu'il y a service public ?... A mon avis, il faut rechercher *uniquement l'intention des gouvernants* touchant l'activité administrative considérée. Sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer. L'opinion de tels ou tels écrivains est sans aucune espèce d'importance. Le juriste n'a pas à rechercher s'il estime que les gouvernants ont tort ou raison... » (Jèze, *Les principes généraux de droit administratif*, 2^e édit.,

p. 247). Cette formule est dangereuse. Elle a l'inconvénient de laisser croire que l'Etat peut à son gré donner ou non à une activité quelconque le caractère de service public. M. Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 2, p. 67) s'insurge contre elle : « Cette proposition, dit-il, se rattache directement à une conception contre laquelle je me suis élevé énergiquement à plusieurs reprises, conception d'après laquelle le Droit est une pure création de l'Etat. Assurément, si une loi positive attribue expressément le caractère de service public à une activité déterminée, le juge sera obligé d'appliquer la disposition législative. Mais il n'en résultera pas que dans la réalité il y ait un service public; et celle-ci l'emportera tôt ou tard sur la décision arbitraire du législateur. D'autre part, j'estime que, ici, comme dans tout domaine social, le juriste manque à sa mission, s'il ne détermine pas, selon l'expression de Gény, le donné social, c'est-à-dire la norme juridique que le législateur ne fait que constater et mettre en œuvre. »

Il semble bien que le critérium du service public doive être trouvé dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de l'activité considérée. Tel est l'avis de notre savant doyen M. Duguit. Ainsi donc pourra servir de support à un service public toute activité dont la suspension, aussi brève soit-elle, produirait un désordre social considérable. Mais, pour plus de précision, il faut, croyons-nous, ajouter une autre condition : à savoir que l'initiative privée soit incapable de l'assurer, à elle seule, de manière satisfaisante et continue. Il existe, en effet, des activités présentant pour l'intérêt général une importance primordiale, qui ne sauraient être interrompues un seul instant, mais qui, dans les circonstances normales, ne sont point l'objet d'un service public, parce que l'initiative privée peut alors répondre aux légitimes besoins de la collectivité. Les branches du commerce d'alimentation : boulangeries, boucherie, etc., ne sauraient évidemment, en l'état actuel de notre civilisation, chômer sans préjudice social considérable, mais elles ne cons-

tituent pas pour cela des services publics, car, en temps normal, les particuliers y suffisent.

Ces derniers pourront, d'ailleurs, dans des circonstances anormales : guerre ou autre fléau, se trouver dans l'impossibilité d'assurer ces activités d'une manière satisfaisante et ininterrompue; les gouvernants ont alors le devoir de substituer leur action à l'initiative privée. Dès lors, dans les cas où lesdites activités seront exercées directement par les gouvernants, elles deviendront accidentellement service public. Ainsi, pendant la guerre 1914-1918, l'Etat s'est vu dans l'obligation de se faire commerçant : pour assurer le ravitaillement du pays en blé ⁽¹⁾ ou en combustible ⁽²⁾. Il s'est fait aussi assureur maritime ⁽³⁾. Le législateur (art. 7 de la loi de finances 28 sept. 1916, *D. P.* 1916, 4, 376) a implicitement reconnu le caractère de service public à tous les services institués par l'Etat, pendant les hostilités, en vue de favoriser l'activité économique et la jurisprudence a eu l'occasion de le reconnaître pour l'assurance d'Etat contre les risques maritimes de guerre ⁽⁴⁾, pour le ravitaillement en céréales ⁽⁵⁾ et farines ou bien en charbon ⁽⁶⁾.

En dehors du cas de guerre ou de fléau quelconque, on conçoit des circonstances où les gouvernants ont le pouvoir et même le devoir de suppléer à l'initiative privée défaillante

(1) Lois des 16 octobre 1915 et 25 avril 1916 relatives au ravitaillement. — Loi des 20 avril 1916, 29 juillet 1916, 7 et 8 avril 1917 relatives à la taxation et à la réquisition des céréales.

(2) Décrets des 4 décembre 1914 et 5 février 1916. — Lois des 22 avril 1916 et 10 février 1918. (Rapp. dans *D. P.* 1916. 4. 321 et 1918. 4. 156). — Décrets des 14 novembre 1919, 2 décembre 1919 et 22 janvier 1920, qui ont institué et réglementé le Bureau National des charbons. Le ravitaillement en charbon de l'Algérie a été érigé en service public par un arrêté du Gouverneur général de la Colonie du 15 mars 1918.

(3) Décrets des 11 et 13 août 1914. Loi des 10 avril 1915 et 19 avril 1917.

(4) Conseil d'Etat, 23 décembre 1921 et 23 mai 1924. *Dall.* 1924. 3., p. 26 et 32. *Req.* 31 janv. 1923. *Dall.* 1924. 1. 102.

(5) *C. Et.*, 14 mai 1920; *Rec. C. Et.*, p. 499. — 18 févr. 1921; *Rec. C. Et.*, p. 207. — *C. Et.*, 28 déc. 1923; *Dalloz hebdomadaire*, 1924, p. 94.

(6) *C. Et.*, 8 juin 1923 (Michel). *Tr. Civ. de Saint-Omer*, 16 nov. 1922; *Gaz. du Palais*, 31 janvier 1923.

ou insuffisante, pour assurer un service d'intérêt général qui ne saurait être interrompu. Si, par exemple, aucun médecin ne consent à s'établir dans une commune, un conseil municipal pourra instituer un service communal d'assistance; voter un traitement à son médecin et même décider que les soins seront donnés gratuitement à tous les habitants riches et pauvres. Dans les circonstances normales, une telle décision ne serait pas légale, en tant que contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ⁽¹⁾.

§ 2. — *La concession mode d'exploitation des services publics.*

Tous les services publics ne sont pas exploités de la même manière. Certains n'ont pas de patrimoine propre affecté à leur fonctionnement; la caisse générale de l'Etat (ou de la collectivité publique locale dont ils dépendent) perçoit les bénéfices et subit les pertes. Dans ce cas, les agents de direction et le personnel technique sont nommés par les gouvernants. Cette catégorie constitue les *services centralisés*. Ce mode d'exploitation, jadis employé pour la presque totalité des services, est encore fréquent de nos jours et même indispensable pour certains d'entre eux; nous voulons parler de la Guerre, de la Police et de la Justice. Pour d'autres, au contraire, il est possible de concevoir une autre méthode. Pour les services techniques mêmes cela est très souhaitable, car la centralisation constitue souvent un obstacle à leur bon fonctionnement.

- La décentralisation comporte plusieurs procédés susceptibles d'être combinés entre eux. L'un d'eux consiste à associer les agents techniques à la direction du service : c'est la *décentralisation fonctionnariste* ou *fonctionnarisation du service*. En France, nous avons quelques essais de ce système : signalons, par exemple, l'article 56 de la loi de finances du 13 juillet

(1) Cf. C. Et., 29 mars 1901. Casanova. *Rec.*, p. 333.

1911, qui crée pour l'administration des Chemins de fer de l'Etat un conseil de réseau composé de vingt-deux membres nommés par décret; sur ce nombre, quatre agents sont choisis par le ministre parmi les délégués élus aux divers comités ou commissions de réseau. La convention intervenue entre l'Etat et les diverses administrations de chemins de fer d'intérêt général, ratifiée par la loi du 19 octobre 1921, assure une représentation du personnel des réseaux au Conseil supérieur des chemins de fer : à raison de deux délégués par réseau, soit en tout douze représentants. Ces derniers sont tous élus et doivent comprendre six agents des classes moyennes et six du petit personnel.

La représentation du personnel technique au Conseil d'administration des postes, télégraphes, téléphones est prévue par l'article 69 de la loi de finances du 30 juin 1923. Six membres du Conseil sont désignés par le ministre parmi les fonctionnaires et *techniciens* du service. Le Conseil comprend aussi six représentants *élus* du personnel à raison de : un fonctionnaire, deux agents des services de manipulation, de distribution et de transport des dépêches; un ouvrier.

Un élément très important de la décentralisation est la *patrimonialisation*, c'est-à-dire l'affectation au service d'un patrimoine propre qui supportera les dépenses et auquel iront les recettes. Les services publics patrimonialisés sont désignés sous le nom d'« *établissements publics* ». C'est le cas des Facultés d'enseignement supérieur (Décr. 25 juillet 1885), des Chambres de commerce, des ports maritimes autonomes, qui constituent des établissements publics nationaux. C'est encore le cas des hôpitaux et hospices communaux, du bureau de bienfaisance, des musées communaux si ces derniers ont été reconnus par décret, des Caisses de crédit municipal, qui rentrent dans la catégorie des établissements publics communaux.

Signalons encore un mode d'exploitation spécial aux services techniques, dans lesquels une somme est payée par les usagers en échange des prestations fournies : *l'industrialisa-*

tion; c'est l'organisation suivant le système employé dans les entreprises privées. Les recettes devront rémunérer : les agents naturels, le capital, le travail, affectés à cette entreprise, au moyen du loyer, de l'intérêt, du salaire. Ce système suppose, bien entendu, la patrimonialisation ou au moins l'autonomie financière.

La loi de finances du 30 juin 1923 (articles 69 à 83) a fait application du principe de l'industrialisation au service des P. T. T. Les articles 70, 71, 72, ont pour objet de doter le service de l'individualité budgétaire, ce qui permet de confronter toutes les dépenses et toutes les recettes de l'entreprise postale, de présenter les résultats dans un bilan annuel et de se procurer, en dehors des ressources du budget, les capitaux nécessaires à l'exécution d'un programme d'outillage devenu indispensable.

Mais le procédé de nature à assurer la décentralisation la plus complète est sans aucun doute *la concession*. Avec lui, comme nous l'avons déjà dit, l'Etat ou la personne administrative compétente charge un particulier, qui accepte, d'assurer à ses lieu et place le fonctionnement d'un service public, sous certaines conditions prévues dans un cahier des charges, et moyennant certains arrangements financiers consistant notamment en la perception par le concessionnaire de redevances sur les usagers du service.

Au point de vue économique, le système a l'avantage d'éviter, au moins partiellement, aux collectivités publiques le risque de l'entreprise. Ses partisans font valoir qu'il procure une meilleure exploitation résultant de l'intervention de l'intérêt privé. Ils estiment aussi que les influences politiques risquent moins de s'exercer dans le choix du personnel qu'au cas de service en régie. Les adversaires lui reprochent de priver les collectivités publiques d'une part importante des bénéfices et objectent qu'il favorise l'intérêt du concessionnaire plutôt que celui des usagers. Nous n'avons pas à intervenir dans cette controverse. Pour rester dans les limites de notre étude, contentons-nous de rechercher les services susceptibles

d'être concédés. Nous voyons surtout aujourd'hui des concessions de services techniques industriels ou commerciaux, mais théoriquement tous les services publics peuvent faire l'objet d'une concession et, en fait, tous ou presque tous l'ont été, à un moment ou l'autre de l'évolution sociale. Sans remonter à l'époque féodale, où nous voyons les services principaux de police et justice concédés à des seigneurs, nous trouvons, sous l'ancien régime, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer, des exemples de services concédés qui n'évoquent point l'idée d'une activité commerciale ou industrielle. C'était le cas pour le recouvrement des impôts indirects. Rappelons enfin qu'il existe encore, dans certaines villes, des concessions pour la perception d'impôts locaux. Ces exemples montrent bien que tous les services publics peuvent être concédés.

CHAPITRE II

Importance de la notion de service public pour l'étude de la concession.

§ 1. — « Concession » d'établissements balnéaires ou thermaux.

Puisque la concession n'est qu'un mode d'exploitation des services publics, on comprend que notre étude soit dominée par cette notion, et c'est à elle que nous aurons à recourir dans certains cas douteux pour savoir si nous sommes vraiment en présence d'une concession de service public.

L'exploitation d'établissements de bains sur *le rivage de la mer* peut-elle donner lieu par exemple à une concession de service public ? Nous n'hésitons pas à répondre par la négative : les deux éléments constitutifs du service public : importance sociale considérable, insuffisance de l'initiative privée pour assurer l'activité considérée, font défaut. Sans nul doute, d'une part, la suppression de ces établissements n'entraînerait pas un désordre général. Si l'on excepte les habitants du littoral, il est permis d'affirmer qu'à l'heure actuelle, l'habitude de prendre des bains de mer est limitée chez nous aux classes sociales aisées, à un nombre restreint de privilégiés. D'autre part, un simple particulier peut fort bien exploiter l'établissement, en se conformant aux règlements de police édictés en vue d'éviter toute atteinte à la morale publique. Dans l'espèce, il n'y a donc pas concession de service public, il y a sans doute concession domaniale, c'est-à-dire autorisation donnée par l'Etat à un particulier, ou à une commune avec faculté de rétrocession, d'occuper le domaine maritime.

Pareille question peut se poser pour les *établissements thermaux* dont l'exploitation est confiée par une personne administrative à un individu ou à une société. Elle doit, à notre avis, être résolue par la négative. L'exploitation de sources thermales ne saurait être en effet considérée comme un service public. C'est sans doute une activité d'intérêt général; l'usage d'eaux thermales est regardé comme utile à la santé publique, mais on ne pourrait affirmer que la suspension, même de très courte durée, de ladite activité soit de nature à bouleverser l'ordre social. Quel est donc le caractère de l'acte par lequel une commune charge un particulier d'exploiter un établissement thermal ? Ce n'est point une concession de service public, mais tout simplement un *bail à loyer*. Il n'est même pas possible de voir dans cet acte une concession sur le domaine public, car les sources et leurs dépendances font sans aucun doute partie du domaine *privé* communal. Elles ne sont point affectées au *libre* usage du public, à la façon d'un chemin; elles ne sont pas non plus *moyen* de service public : la loi du 14 juillet 1856 place exactement sur le même plan sources privées et sources publiques, en les soumettant aux mêmes charges et leur assurant les mêmes prérogatives ⁽¹⁾. La déclaration d'intérêt public ne fait pas passer les sources des communes dans le domaine public, celles qui appartiennent à un particulier restant, même après cette formalité, dans son patrimoine ⁽²⁾.

Telle n'a pas été cependant la façon de voir du Conseil d'Etat qui, par un arrêt du 28 juin 1918 (*Rec.*, p. 641), a reconnu le caractère de concession de service public à la convention par laquelle une commune mettait, moyennant une redevance annuelle, à la disposition d'une société, en vue de leur exploitation, un établissement thermal et des sources faisant partie du domaine communal.

Par un traité, en date du 23 mars 1910, la ville de Bagnères-

⁽¹⁾ Voy. Hauriou. *Précis de droit administratif*, 10^e édit., p. 510.

⁽²⁾ Voy. note de M. le professeur Achille Mestre, sous un arrêt de la Cour de Toulouse du 19 février 1910. (*S.*, 1919. 2. 90.)

de-Luchon avait déclaré : « Concéder et donner à bail pour une durée de cinquante ans l'exploitation du casino et de l'établissement thermal de Luchon, avec toutes les sources minérales dont la commune est propriétaire, et les bâtiments et dépendances dudit établissement y compris l'outillage et le matériel industriel, moyennant le paiement par la société d'une redevance annuelle et, outre plusieurs autres obligations, l'exécution de travaux de construction et d'amélioration. » (C. Et., 28 juin 1918. *Rec.*, p. 642 et 643.) La Société générale thermale et balnéaire avait demandé l'annulation d'un arrêté du préfet de la Haute-Garonne, en date du 31 mai 1910, qui avait approuvé le traité en question. Elle soutenait qu'on était en présence d'un bail de biens communaux, qui ne pouvait, aux termes des articles 68 et 69 de la loi municipale, être approuvé par le préfet qu'en Conseil de préfecture; mais, par l'arrêt du 28 juin 1918, le Conseil d'Etat décidait que le traité en question présentait le caractère d'une concession de service public :

« Considérant que le traité dont s'agit présente dans son ensemble le caractère d'un contrat de concession d'un service public, soumis aux règles de l'article 115 de la loi du 5 avril 1884, et qui pouvait, par suite, être approuvé par le préfet, statuant sans l'assistance du Conseil de préfecture, que, si ledit traité comporte, en outre, l'attribution de jouissance en faveur de la Société de plusieurs propriétés communales, cette circonstance ne saurait lui conférer les caractères d'un bail en raison duquel l'approbation préfectorale aurait dû lui être donnée en Conseil de préfecture; que dans ces circonstances, l'approbation donnée, le 31 mai 1910, par le préfet seul doit être tenue pour régulière. »

Sur quels motifs se fonde le Conseil pour décider qu'il y a dans ce cas concession de service public ? L'arrêt ne nous le dit pas.

La Cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt rendu à l'occasion du même établissement thermal de Luchon, adopte la façon de voir du haut tribunal administratif. Elle refuse à la

compagnie demanderesse « société générale thermale et balnéaire » le renvoi, par celle-ci sollicité, devant les Commissions arbitrales instituées par la loi du 9 mars 1918, parce que le traité en question n'est pas un bail à loyer, mais une concession de service public. La Cour, dans cet arrêt du 19 février 1919 (S. 1919. 2. 90.), s'efforce de motiver son opinion, mais les raisons données ne sont pas probantes. Elle invoque :

1° *L'utilité générale :*

« Attendu que les sources sulfureuses de Bagnères-de-Luchon ont été captées et canalisées pour être affectées à un service d'utilité générale, le traitement curatif de nombreuses maladies... » C'est une condition nécessaire, mais non suffisante de l'existence d'un service public.

2° *La déclaration d'intérêt public.*

Mais la déclaration d'intérêt public, par un décret rendu en Conseil d'Etat, — formalité prévue par la loi du 14 juillet 1856, — a seulement pour effet d'accorder à la source le bénéfice de mesures de protection spéciales, que celle-ci appartienne à une personne administrative ou à un particulier; elle n'a donc pas pour résultat de créer un service public.

3° *L'intervention des gouvernants pour contrôler le fonctionnement de l'établissement.*

4° *L'envoi par le Ministère de la guerre de blessés et malades pour lesquels le demi-tarif est seul exigible.*

Aucun des motifs précités n'est satisfaisant. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter à l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 juin 1912 (Demoiselle Pichot. *Rec.*, p. 722) (1) rendu sur

(1) « Considérant que l'asile de la Providence a été créé en 1804 par le sieur et dame Micault de la Vieuville; que si une ordonnance du 24 décembre 1817 a approuvé ledit établissement, elle a eu uniquement pour but d'assurer la perpétuité de cette fondation et de lui conférer une existence légale; que l'ordonnance précitée prévoit, il est vrai, l'intervention de l'Administration supérieure dans le fonctionnement de l'Asile et la désignation de certains pensionnaires.

» Mais, considérant que l'ordonnance du 24 décembre 1817, en imposant, dans l'intérêt public, certaines obligations comme conditions de la reconnais-

les conclusions conformes du commissaire du gouvernement, M. Léon Blum. Nous pensons donc que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont mal jugé dans les espèces qui nous occupent. *A l'heure actuelle*, l'exploitation de sources thermales ne saurait, en aucun cas, être considérée comme un service public.

Cependant, ces décisions jurisprudentielles ne méritent-elles pas de retenir notre attention ? Cette interprétation extensive et même abusive de la notion de service public n'est-elle point l'indice d'une orientation de la pensée juridique vers une conception assimilant les sources minérales aux mines et à la houille blanche et considérant l'exploitation de ces richesses naturelles comme susceptible, vu l'importance sociale qu'elle aurait acquise, de devenir un jour l'objet d'un service public ? Nous l'avons déjà indiqué, il est impossible de voir aujourd'hui dans les concessions de mines ou d'énergie hydraulique des concessions de service public. En effet, aussi importantes que soient pour l'intérêt général l'industrie extractive, l'utilisation de la « houille blanche » ou de la « houille verte », on constate que l'initiative des particuliers suffit à assurer ces branches d'activité. Mais il est permis d'imaginer une phase de l'évolution économique et sociale où elles seraient devenues tellement indispensables à la collectivité qu'il y aurait à redouter la moindre défaillance de l'industrie privée; en ce cas, la conscience commune, estimant que lesdites activités méritent de faire l'objet d'un service public, les gouvernants auraient le devoir d'intervenir en ce sens. Peut-être même, dans la mesure où ces richesses naturelles seraient moyen de

- 、 sance, n'a pas modifié le caractère privé que l'établissement tenait de son origine et ne permet pas de le comprendre au nombre des établissements publics; que la circonstance que le règlement intérieur approuvé par le ministre en exécution de l'ordonnance du 24 décembre 1817, a déterminé les conditions dans lesquelles la comptabilité de l'Asile est soumise à la Cour des comptes, n'a pu légalement faire de cet établissement un établissement public; que, dès lors, les contestations qui s'élèvent entre l'asile de la Providence et ses pensionnaires ne ressortissent pas à la juridiction administrative et que, par suite, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la réclamation de la demoiselle Pichot. (Rejet.) »

service public, deviendraient-elles aussi dépendance du domaine public. La loi du 9 septembre 1919, modifiant celle du 21 avril 1810 en ce qui concerne la durée des concessions de mines et la participation de l'Etat aux bénéfices ⁽¹⁾, ainsi que la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique ⁽²⁾ semblent bien marquer une étape dans cette évolution. Quoi qu'il en soit, à notre époque, il convient d'y insister, l'exploitation des richesses minières, l'utilisation de l'énergie hydraulique ou l'usage en vue d'effets curatifs de l'énergie chimique des sources ne peuvent être assurés suivant le procédé du service public.

§ 2. — *Théâtres et casinos « concédés ».*

L'exploitation des théâtres nationaux ou municipaux soulève une difficulté de même nature. Constitue-t-elle vraiment un service public ? Si oui, dans le cas où ces établissements sont affermés, il y aurait concession de service public. Il était de jurisprudence constante que ce genre d'activité ne pouvait jamais faire l'objet d'un service public. Le Conseil d'Etat avait ainsi jugé, à propos du contentieux des contributions directes, dans une affaire où il s'agissait d'un théâtre municipal exploité *en régie* par la ville de Lyon. Il estimait que cette ville avait été valablement imposée à la contribution des patentes, parce que les faits de gestion à l'occasion desquels les rôles avaient été émis « constituent l'exercice d'une profession imposable *et non l'exécution d'un service public* ». Le même arrêt décidait que les bâtiments du théâtre étaient passibles de la contribution foncière, de la taxe des biens de mainmorte et de la contribution des portes et fenêtres, bien que les bâtiments affectés à un service public en soient exempts, parce

(1) Cf. Hauriou, *Traité de Droit administratif*, p. 777 (10^e édition).

(2) Cf. Hauriou, *op. cit.*, p. 784.

que l'immeuble théâtral en question ne pouvait être rangé dans cette catégorie. (C. Et., 5 déc. 1906. *D. P.*, 1909. 3. 73, et *Rec.*, p. 892.)

Citons une autre décision du Conseil d'Etat, qui refuse le caractère de service public à l'exploitation d'un théâtre. Dans l'affaire *Astruc*, le Conseil d'Etat déclare que les tribunaux judiciaires, et non le Conseil de préfecture, sont compétents pour connaître d'une demande tendant à faire condamner la ville de Paris à payer une indemnité à un entrepreneur, en raison de l'inexécution d'une promesse de « concession » (*sic*) par la ville d'un emplacement aux Champs-Élysées pour y édifier un « palais philharmonique », qui en fin de « concession », devait rester la propriété de la ville, parce que le « palais » en question n'était pas destiné à assurer un service public, ni à pourvoir à un objet d'utilité publique.

Autre décision dans le même sens du Conseil d'Etat. Par un arrêt du 12 mai 1922 (*Rec.*, p. 413, il annule pour incompétence un arrêté du Conseil de préfecture du département d'Ille-et-Vilaine qui s'était déclaré compétent pour interpréter un article du cahier des charges réglant les rapports financiers de la ville de Saint-Malo et des codirecteurs du casino municipal de cette ville. Il estime que l'autorité judiciaire était compétente parce que « la disposition du cahier des charges délibéré par le Conseil municipal et accepté par les fermiers des jeux, qui règle les rapports financiers entre la commune et lesdits fermiers, a le caractère d'un contrat de droit commun, lequel relève des tribunaux judiciaires; que, par suite, la juridiction administrative est incompétente pour statuer sur le litige porté par la ville de Saint-Malo devant le Conseil de préfecture. » Autrement dit : le traité dont il s'agit n'avait point pour objet le fonctionnement d'un service public; il présentait le caractère d'un *bail à loyer*.

La jurisprudence judiciaire était en parfait accord avec la jurisprudence administrative. La Cour de cassation avait eu l'occasion de déclarer très nettement par un arrêt de sa chambre civile du 12 juin 1901 (*D. P.*, 1902. 1. 372), rendu

dans un procès en responsabilité intenté à l'Etat par des héritiers de victimes de l'incendie survenu à l'Opéra-Comique en 1887, que l'exploitation d'un théâtre national ne constituait pas un service public.

« Attendu... que l'exploitation d'un théâtre constitue une entreprise privée; que les subventions qui lui sont accordées par l'Etat, soit sous forme de concessions gratuites de la salle et des décors, soit sous forme d'allocations pécuniaires, en vue de favoriser dans un intérêt général les progrès de l'art dramatique ou lyrique, ne sauraient avoir pour effet d'en modifier le caractère et de la transformer en un service public. »

Cette jurisprudence semblait particulièrement ferme; elle était en général approuvée par la doctrine. Signalons en particulier sur cette question un chapitre du plus haut intérêt dans *Les Principes généraux du Droit administratif* de M. Jèze (2^e édit., p. 378).

Mais, par un arrêt du 27 juillet 1923 ⁽¹⁾, le Conseil d'Etat, rompant avec la jurisprudence traditionnelle, reconnaît à l'exploitation du théâtre national de l'Opéra-Comique le caractère de service public et, comme conséquence, voit dans le traité passé entre l'Etat et un particulier, pour l'exploitation de ce théâtre, une *concession de service public*. Nous estimons que la haute juridiction administrative a mal jugé dans cette espèce. Voici dans quelles circonstances a été rendu l'arrêt en question. Par un arrêté en date du 15 octobre 1918, le ministre de l'Instruction publique et des Beaux-Arts avait rapporté un arrêté du 4 novembre 1913 nommant les sieurs P.-B. Gheusi, Emile et Vincent Isola, directeurs du théâtre national de l'Opéra-Comique. Un second arrêté du même ministre, en date également du 15 octobre 1918, nommait en cette qualité pour sept années les sieurs Albert Carré, Emile et Vincent Isola. Contre lesdites décisions, fut formé auprès du Conseil d'Etat un recours qui n'était point le recours pour excès de pouvoir, car il était fondé sur la violation de l'art. 82 du cahier

(1) S., 1923. 3. 57.

des charges de l'exploitation du théâtre en question. Ce texte prévoyait une sanction qu'il appelle « le retrait de l'autorisation », c'est-à-dire le remplacement de la direction dans les cas suivants :

a) « Si les directeurs contreviennent aux dispositions dudit cahier des charges. »

b) « Si, par des actes personnels et en raison de circonstances que le ministre se réserve d'apprécier, les directeurs ont cessé de mériter la confiance de l'administration. »

Or, le recours pour excès de pouvoir ne peut jamais être fondé que sur la violation du droit objectif ou d'une situation juridique objective; dans l'espèce qui nous occupe, il s'agit de la violation d'une situation juridique subjective résultant d'un contrat (art. 82 du cahier des charges), en tout cas tel est bien l'avis du Conseil d'Etat, par conséquent un recours pour excès de pouvoir n'aurait pas été recevable. Etant donné qu'il s'agit d'un recours de « pleine juridiction » et de l'interprétation d'un contrat, la compétence administrative ne s'imposera que si le contrat a été passé par l'administration, en vue de l'organisation ou du fonctionnement d'un service public; sinon, les tribunaux judiciaires seront compétents. Or, dans l'arrêt Gheusi, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent : il estime que le traité entre l'Etat et les directeurs de l'Opéra-Comique constitue une concession de service public. Voici d'ailleurs une citation extraite de cet arrêt : « Sur la compétence : Considérant que l'arrêté ministériel du 4 novembre 1913, appelant le sieur Gheusi et les sieurs Isolà à la direction du théâtre national de l'Opéra-Comique, a été pris au vu de l'acceptation par eux des clauses et conditions contenues dans un cahier des charges en date du même jour; que, bien qu'il revête l'apparence d'un acte de nomination, ledit arrêté n'a eu ni pour but ni pour effet de conférer à ceux qu'il visait la qualité de fonctionnaire; qu'il ne constitue en réalité que l'acceptation définitive donnée par l'Etat, sous une forme particulière, à la convention précitée, et que c'est uniquement d'après les dispositions de celle-ci que doivent être déterminés les droits

et obligations respectifs de l'Etat et des directeurs de l'Opéra-Comique; considérant, d'autre part, que le cahier des charges ci-dessus mentionné prévoit notamment, dans son article premier, que « les directeurs seront tenus de diriger l'Opéra-Comique avec la dignité et l'éclat qui conviennent à un théâtre national »; qu'il porte concession gratuite de locaux appartenant à l'Etat et promesse d'une subvention annuelle; qu'il contient une série de dispositions précises et détaillées, relatives aux engagements, aux programmes des spectacles, au nombre des représentations; qu'il fixe le tarif maximum des places; qu'il établit des relations quotidiennes entre le théâtre et l'administration des Beaux-Arts et confère à celle-ci des droits spéciaux, tant en ce qui touche le contrôle de la gestion par l'intermédiaire d'un commissaire du gouvernement, qu'en ce qui concerne, le cas échéant, le retrait de l'« autorisation »; qu'il résulte de l'ensemble de ces stipulations destinées à assurer, dans l'intérêt général, la qualité artistique et la continuité de l'exploitation, que le contrat conclu par l'Etat avec les sieurs Gheusi et Isola, pour l'exécution du service ainsi réglementé par ledit cahier des charges, présente le caractère d'un contrat de concession de service public; qu'il suit de là que le jugement des difficultés y relatives est de la compétence du Conseil d'Etat... »

L'énumération des motifs donnés par le Conseil pour établir l'existence d'un véritable service public est assez claire : Inutile d'examiner chacun d'eux en particulier. Il nous suffit de constater que l'arrêt précité considère comme critérium d'un tel service l'intervention des gouvernants pour assurer, au moyen des stipulations d'un cahier des charges, la qualité et la continuité de l'exploitation. Si ladite intervention en vue de sauvegarder le patrimoine artistique national est assurément souhaitable, il n'est pas possible d'affirmer, à l'heure actuelle, qu'elle soit indispensable. Les gouvernants n'ont point l'obligation, en vertu de la règle de Droit supérieur qui s'impose à eux, de se charger de l'administration d'un théâtre. Il n'est pas permis de soutenir que l'interruption de cette

activité même pendant un temps très court serait de nature à occasionner un trouble social profond. Sans doute, une telle situation nuirait à l'intérêt particulier très respectable des acteurs, des auteurs, des directeurs et du personnel des théâtres. En se plaçant à un point de vue plus général, il est permis d'ajouter qu'elle serait encore très regrettable, parce qu'elle risquerait de porter atteinte à la vie intellectuelle du pays. Malgré tout, il n'est pas possible d'admettre que l'absence de théâtres serait un malheur irréparable pour la collectivité; on a pu s'en rendre compte lors de la fermeture des salles de spectacle au début de la guerre de 1914.

A notre avis, l'exploitation d'un théâtre ne saurait donc être regardée comme un service public. A plus forte raison, cette solution s'impose-t-elle, s'il s'agit d'un casino. Le nom même de cet établissement évoque plutôt l'idée de plaisirs et distractions d'un caractère moral assez discutable que celle de spectacles d'une valeur artistique digne de protection et d'encouragement de la part des autorités.

Des décisions jurisprudentielles récentes ont cependant reconnu dans cette dernière hypothèse l'existence d'un service public. En ce sens a statué la Cour de Toulouse par un arrêt du 19 février 1919 (*S.*, 1919. 2., p. 90).

« Attendu », dit-elle, « qu'il est manifeste que ce contrat est indivisible, les divers éléments auxquels il s'applique ne pouvant être utilisés séparément sans dommage pour la station; que la Cour a déjà constaté, par un précédent arrêt, que ces divers objets ont les uns sur les autres une répercussion qui fait que l'impossibilité d'utiliser l'un compromet gravement les recettes de l'autre; que le contrat doit donc être apprécié dans son ensemble, et que, pour lui donner son caractère juridique, il faut rechercher quel en est l'objet principal; que les sources et l'établissement thermal ont bien cet objet principal; que, si le casino est l'agrément de la station, les thermes en sont l'utilité et la raison d'être, la chose sans laquelle Luchon ne serait qu'une bourgade ignorée et n'aurait pas de casino; que sans doute la clientèle de la station ne se compose pas unique-

ment de pères de famille attachés aux vertus bourgeoises et fuyant les plaisirs dangereux; qu'elle comprend aussi une population cosmopolite et mondaine qui exige des distractions, et à laquelle il faut des musiciens, des actrices, des croupiers..., en un mot tout ce qu'évoque la dénomination de casino, mais que cet établissement, qui n'est que toléré, ne peut, quels que soient les bénéfices qu'il procure, être considéré comme l'élément essentiel de la concession et qu'on s'étonnerait même, si nos mœurs étaient plus sévères, qu'il fût désigné et avoué dans un contrat soumis à l'approbation administrative. »

Le Conseil d'Etat avait déjà jugé dans ce sens, à propos du même établissement de Luchon, par un arrêt du 28 juin 1918 (Société générale thermale et balnéaire, *Rec.*, p. 642.)

Mais il faut remarquer qu'il s'agit, comme l'indiquent d'ailleurs nettement les termes mêmes de l'arrêt précité de la Cour de Toulouse, de décisions d'espèce.

Malgré lesdites décisions, nous maintenons notre position pour plusieurs raisons :

1° Elles sont contredites par un arrêt postérieur du Conseil d'Etat du 12 mai 1922 (*Ville de Saint-Malo*) (').

2° Le caractère d'indivisibilité que la Cour de Toulouse et le Conseil d'Etat reconnaissent au contrat nous paraît très contestable : on peut parfaitement concevoir deux établissements distincts, faisant chacun l'objet d'un traité particulier et exploité par un gérant différent, sans aucun dommage pour la station. L'unité d'exploitation procure sans doute quelques avantages à la ville et quelques commodités aux clients, mais ce n'est là qu'un côté secondaire qui ne saurait à lui seul justifier l'indivisibilité du contrat.

3° Même en faisant application de la théorie de l'accessoire, nous ne saurions considérer l'exploitation du casino comme un service public, puisque le principal, l'établissement thermal, n'a pas, à notre avis, ce caractère, les éléments constitutifs

(') Voy. *supra*, p. 22.

du service public : importance primordiale, insuffisance de l'initiative privée faisant défaut.

Une autre conséquence résultant du fait que les services publics concédés ne perdent pas leur caractère propre est le *pouvoir* et même le *devoir* pour les *gouvernants* d'apporter à tout instant au service les modifications réclamées par l'intérêt général; c'est à la lueur de ce principe que nous allons aborder l'examen des différentes théories émises sur la nature juridique des concessions de service public. Nous nous trouverons dans l'obligation de contester la valeur de tout système en contradiction avec cette proposition.

CHAPITRE III

Théorie de la concession acte unilatéral.

§ 1. — *Exposé de la théorie.*

Une théorie couramment admise en Allemagne et qui a inspiré la majorité des auteurs italiens voit dans la concession uniquement un *acte unilatéral*. Il faut avouer que cette conception a exercé en France une influence sur la doctrine, mais sans s'imposer dans son intégralité. Inutile donc d'insister sur cette opinion; il suffira de signaler ses principaux défenseurs à l'étranger (1).

En Allemagne, elle a été soutenue sous sa forme la plus absolue, non seulement par les auteurs qui reconnaissent le caractère unilatéral à tout acte administratif, mais encore par ceux qui admettent la nature contractuelle de certains d'entre eux. Nous la trouvons exprimée dans l'ouvrage bien connu d'Otto Mayer : *Le droit administratif allemand* (2). Ce célèbre juriste voit dans la concession exclusivement un acte unilatéral des gouvernants. Il s'agirait, comme pour la nomination de fonctionnaire, d'un « acte administratif sur soumission ». Les pourparlers entre le concédant et le concessionnaire n'au-

(1) Sur cette question voyez Guillaud : « Notion juridique des actes d'exécution des autorisations et des concessions administratives ». Thèse Caen, 1903.

Pilon, « Monopoles communaux », Thèse Caen, 1898.

Gauducheau, « Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante (Etude de jurisprudence). » Thèse Rennes, 1912.

(2) Cf. Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, t. 4 (Edition française par l'auteur), p. 161.

raient d'autre effet que de rendre possible l'acte administratif en déterminant son contenu. Mais la volonté du concessionnaire n'aurait aucune part dans la création du service concédé ou de la situation particulière dudit concessionnaire (1). Dans ces conditions, les gouvernants pourraient, cela se conçoit aisément, modifier à tout instant les dispositions de la concession, puisque eux seuls les ont établies.

La doctrine dominante en Italie considère aussi en principe la concession comme un acte unilatéral, mais elle reconnaît que sa nature peut varier suivant les circonstances et devenir contractuelle (2). Ce changement se produirait, selon Mantellini (3), lorsque l'acte contient des obligations pour l'autorité concédante : par exemple, quand l'administration s'engage, non seulement à permettre au concessionnaire d'assurer le service, mais aussi à contribuer pécuniairement à son exploitation ou à la construction de l'ouvrage public.

Pour Giorgi (4) c'est l'adjonction d'un contrat imposant des obligations et des droits réciproques, qui entraînerait la nature contractuelle de l'acte de concession. D'après ces auteurs, il faudrait donc faire une distinction entre les *concessions unilatérales* ou *concessions-licence* et les *concessions bilatérales* ou *concessions-contrat*. Nous objecterons qu'il est difficile de concevoir comment la réunion de deux actes de nature juridique différente peut produire un acte empruntant exclusivement le caractère de l'un d'eux.

Aussi, plus rationnelle semble à ce point de vue la théorie proposée par Ranelletti (5), qui regarde la concession comme un acte complexe, mais dont tous les éléments seraient de

(1) Cf. également Loening : *Lehrbuch des deutschen verwaltungsrechts*, 1884, cité par Gauduchau « Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante », Thèse Rennes, 1912.

(2) *Contra* Gianzana qui voit des contrats dans toutes les concessions (Cité par Ranelletti, *Theoria Generale*, p. 51.)

(3) Mantellini. *Lo Stato e il Codice civile*, Florence, Barbera, t. 2, p. 505, 508, 521, 524. (Cité par Gauduchau, *op. cit.* et par Pilon, *op. cit.*)

(4) *La Dottrina delle persone giuridiche*, II, p. 461 et III, p. 273. (Cité par Gauduchau, *op. cit.* et Pilon, *op. cit.*)

(5) *Theoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (Torino, Unione tipog.) (Cité par Pilon et Gauduchau, *op. cit.*)

même nature, à savoir unilatéraux. Cet auteur estime qu'il faut soigneusement distinguer, d'une part, l'acte de concession proprement dit, manifestation unilatérale de volonté des gouvernants qui crée des droits au profit du concessionnaire, mais ne pourrait lui imposer d'obligations, et d'autre part, les actes de caractère également unilatéral par lesquels le concessionnaire prend certains engagements. Il faudrait se garder de croire que de leur rapprochement résulte un acte unique de nature bilatérale.

§ 2. — *Réfutation. — L'acte juridique unilatéral et plurilatéral.*

Cette théorie de la concession acte unilatéral a un mérite : elle permet d'expliquer sans difficulté la possibilité pour l'administration d'intervenir au cours de la concession, en vue d'assurer le bon fonctionnement du service. Il est bien évident, en effet, que si l'acte de concession résulte de leur seule volonté les gouvernants pourront y apporter des modifications à tout instant. En ce sens, elle est donc conforme aux principes généraux plus haut énoncés de l'exploitation des services publics. Elle a cependant un double inconvénient :

Au point de vue pratique, en ne faisant aucune part à la volonté du concessionnaire, elle risque de sacrifier l'intérêt de ce dernier à l'arbitraire des gouvernants, et, en rendant particulièrement instable la situation dudit concessionnaire, de compromettre la bonne marche du service.

Au point de vue purement théorique, nous estimons d'ailleurs qu'elle est inexacte. La raison c'est qu'elle ne cadre pas avec la notion d'acte juridique unilatéral ou plurilatéral telle qu'elle est couramment admise. Quelques précisions sont ici à leur place.

Une modification dans l'ordonnement juridique existant peut se produire à la suite de la manifestation d'une ou de

plusieurs volontés. Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un acte juridique unilatéral (Ex. : En droit public, un arrêté préfectoral; en droit privé, le testament.) Dans le second, d'un acte juridique plurilatéral. Mais dans cette dernière hypothèse, il convient de faire une distinction : il peut y avoir plusieurs volontés concourantes, plusieurs déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but; à la suite de cet acte, naît une situation légale ou bien une règle. Il est désigné par les juristes allemands sous le nom de *Gesamtakt*, expression que M. Duguil traduit par « *acte collectif* » (1). Citons seulement comme exemple l'*acte constitutif d'une société* (2).

Il peut encore y avoir plusieurs déclarations de volonté déterminées l'une par l'autre, accord de volontés. On dit alors qu'il y a convention; mais ici une nouvelle distinction s'impose. Toutes les conventions n'ont pas le même caractère. Certaines d'entre elles constituent une espèce particulière appelée contrat. Mais toutes les conventions ne sont pas des contrats.

Lorsqu'à la suite d'un accord de volonté naît une règle ou une situation juridique objective, il n'y a certainement pas contrat, mais un autre acte appelé en Allemagne *Vereinbarung*, c'est-à-dire *Union* (3). La *convention collective de travail* (4) nous en offre un exemple. A sa suite, naît une règle qui s'impose aux membres de la profession. Patrons et ouvriers devront, en passant les contrats individuels de travail, se conformer à cette règle, véritable loi de la profession. De même, le *mariage* conditionne l'application aux époux de la situation de gens mariés; la situation qui en résulte n'est pas celle de créancier et de débiteur, mais une situation légale.

Au contraire, lorsqu'à la suite d'un accord de volontés se

(1) Cf. Duguil, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 1, p. 292 et suiv.

(2) Cf. Réglade, « De la nature juridique de l'acte d'association », Thèse Bordeaux, 1920.

(3) Cf. Duguil, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 1, p. 303.

(4) Cf. Brêthe, « De la nature juridique de la convention collective de travail », Thèse Bordeaux, 1921.

trouve réalisée une situation subjective, particulière de créancier à débiteur, il y a alors contrat. Nous croyons devoir, vu l'importance, pour notre étude, de cette notion, donner dans un paragraphe suivant quelques développements au sujet du contrat.

§ 3. — *Le contrat.*

Dans le langage courant, le mot *convention* et le mot *contrat* sont employés indifféremment. Le législateur n'a pas toujours non plus fait de distinction entre ces deux termes. Une théorie juridique même estime qu'ils sont synonymes. Rappelons la définition donnée par l'ouvrage classique de Colin et Capitant (Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 2^e édit., 1920, t. 2, p. 257) : « Le contrat ou convention est un accord de deux ou plusieurs volontés en vue de produire des effets juridiques... L'article 1101 semble distinguer le *contrat* de la *convention*, faire de celle-ci le genre et de celui-là l'espèce. On réserve parfois, en effet, le nom de contrat aux conventions qui ont pour objet de faire naître ou de transmettre un droit, droit de créance ou droit réel.

.....

» Mais cette distinction entre les contrats et les conventions n'a qu'un intérêt de terminologie; les mêmes règles s'appliquent aux unes et aux autres. Et même, à plusieurs reprises, le Code emploie indifféremment l'une ou l'autre expression. » Les savants auteurs que nous venons de citer ne font-ils pas une confusion ? Nous pensons que la convention est un accord de volontés, en vue de produire un effet juridique; mais que toutes les conventions ne sont pas des contrats. *Le contrat est une espèce déterminée du genre convention.* C'est là une conception conforme au droit romain qui s'est transmise au droit moderne par l'intermédiaire des romanistes du Moyen-Age et du xvi^e siècle, et des grands juristes français du xvii^e et du xviii^e siècle. Pour les Romains, contrat et convention n'étaient

pas synonymes. Le mot *pacte* ou *convention* désignait l'accord de volontés de deux personnes sur un objet déterminé ⁽¹⁾. Les contrats étaient une espèce de convention productive d'obligations. La notion romaine du contrat, comme le fait observer M. Duguit ⁽²⁾, se matérialisait dans la formule de la stipulation, sorte de moule dans lequel pouvait être enfermé tout contrat : « Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur ⁽³⁾... verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione velut : dari spondes ? Spondeo. » Ainsi s'exprimait Gaius (L. 1, § 7, *Digeste*, De obligationibus et actionibus, XLIV, 7.)

Nous sommes en présence de deux volontés se manifestant à l'extérieur, et qui prennent contact. Les deux contractants s'accordent consciemment et se lient : l'un déclare stipuler, c'est-à-dire vouloir devenir créancier; l'autre promettre, c'est-à-dire vouloir devenir débiteur. Le stipulant déclare vouloir devenir créancier parce qu'il sait que le promettant veut devenir son débiteur; le promettant déclare vouloir devenir débiteur parce qu'il sait que le stipulant veut devenir son créancier. Un acte juridique n'est un contrat que si ses clauses se ramènent à une ou plusieurs stipulations, c'est-à-dire s'il y a vraiment accord de deux volontés qui se lient en vue de produire une situation de créancier et de débiteur.

Conforme à cette conception était l'opinion de Pothier : « Un contrat est une espèce de convention... l'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement est celle qu'on appelle *contrat*. » (Pothier, *Traité des obligations*, Edition Thomine et Fortic.)

De même, le Code Napoléon définit ainsi le contrat : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose. » (1101, Civ.)

(1) « Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. » (Ulpien, L. 1, § 2, *D.*, de pactis, II, 14.)

(2) Cf. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. I, p. 200.

(3) Le *Digeste*, édition Krueger, porte stipulemur et signale la leçon stipulamur aux *Institutes*.

Cette solution est donnée habituellement par les civilistes dans tous les pays. « Une convention », dit l'ouvrage d'Aubry et Rau, est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation ou la translation d'un droit se nomme plus particulièrement *contrat*. La convention est le genre, le contrat est l'espèce. » (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., t. 4, p. 466.)

M. Planiol, après avoir cité la définition d'Aubry et Rau : « une convention est l'accord de deux ou plusieurs volontés sur un objet d'intérêt juridique », ajoute « et le contrat est une espèce particulière de convention, dont le caractère propre est d'être productif d'obligation. »

Ainsi donc, le contrat est une catégorie d'acte juridique bien définie; c'est un accord de volontés entre deux personnes ou deux groupes de personnes, ayant pour objet de faire naître une obligation à la charge d'une des parties et au profit de l'autre.

Le contrat suppose donc : un accord de deux volontés libres de traiter ou de ne pas le faire, d'où résulte une situation de créancier et de débiteur.

Nous espérons avoir montré, en rappelant ces quelques notions générales sur les actes juridiques unilatéraux et pluri-latéraux, que la concession répond manifestement au type de la convention. Dans son ensemble, elle constitue un accord de volontés entre le concédant et le concessionnaire. Il n'est vraiment pas raisonnable de vouloir à toute force isoler les déclarations de volontés des deux parties. Mais si la concession est assurément une convention, faut-il admettre qu'elle constitue un contrat ? Beaucoup d'auteurs n'ont pas hésité à l'affirmer. Cette opinion était même admise en France sans discussion par l'unanimité de la doctrine, il y a une vingtaine d'années; elle a d'ailleurs laissé, encore de nos jours, une empreinte très nette dans la littérature juridique et dans la jurisprudence. Il convient donc d'examiner — ce sera l'objet de notre chapitre IV — cette théorie de la concession-contrat.

CHAPITRE IV

Théorie de la concession-contrat.

§ 1. — *Exposé de la théorie.*

Une théorie soutient qu'à la suite de l'acte de concession, il se produit *uniquement* une situation juridique subjective, intéressant seulement, *au moins en principe*, les rapports particuliers du concédant et du concessionnaire. C'est la théorie de la *concession-contrat*. Elle se ramène aux propositions suivantes : La concession est *pour tous ses éléments* un acte contractuel. C'est *uniquement* un accord de volontés, par conséquent un contrat. Les deux parties prennent des engagements réciproques : le concessionnaire d'assurer le service selon le cahier des charges; et le concédant de lui en donner les moyens, en mettant à sa disposition une partie du domaine public, ou bien en lui accordant certaines subventions ou garantie d'intérêt. Jusqu'à ces dernières années, cette thèse était soutenue par la quasi-unanimité des auteurs et de la jurisprudence, ainsi qu'en témoignent les extraits suivants :

« Les règles relatives au *contrat de concession* de travaux publics se trouvent généralement dans le cahier des charges propre à chaque concession. » Ainsi s'exprimait M. Ducrocq (*Cours de droit administratif*, 6^e édit., Paris, 1881, t. 1, p. 290, n^o 317).

« La concession de travaux publics est un *contrat*. C'est un

contrat synallagmatique. Le concédant et le concessionnaire sont liés par des obligations et ont des droits réciproques », écrivait M. Berthélemy (5^e édition de son *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 600 et 601).

M. Hauriou, dans son *Précis de droit administratif et de droit public général* (4^e édit., p. 719), ne semble voir aussi dans la concession qu'un contrat.

Tel était aussi l'avis de M. Colson, qui considérait la concession comme un contrat passé avec cahier des charges et tarif maximum, par lequel un concessionnaire s'engage vis-à-vis d'une administration publique à assurer la construction et l'exploitation d'un ouvrage public en percevant des taxes sur ceux qui l'utiliseront (1).

Cette opinion que la concession est dans son ensemble un contrat a été affirmée très nettement au cours des travaux parlementaires ayant abouti au vote de la loi du 21 juillet 1909 sur les retraites des cheminots. « Une concession, a dit M. Poincaré, est un contrat (2). » MM. Denoix, Mir et Milliard ont soutenu la même thèse dans la même discussion au Sénat, comme nous le montrerons plus loin.

La jurisprudence considérait aussi la concession comme un acte entièrement contractuel. Signalons un arrêt déjà ancien de la chambre criminelle de la Cour de cassation très significatif à ce sujet. « Attendu, d'une part, que le cahier des charges imposé à une compagnie de chemins de fer, loin d'être un règlement d'administration publique, n'est autre chose qu'un contrat intervenu entre l'Etat et cette compagnie et que la violation des obligations conventionnelles qu'il impose n'est pas dès lors de nature à être réprimée par la loi pénale, etc. » Il s'agissait cependant dans cette affaire de l'organisation du service : savoir si un chef de gare pouvait en cours de route modifier l'affectation d'un compartiment de dames seules et

(1) Colson, *Abrégé de la législation des chemins de fer*. Cité par Hauriou, *op. cit.*, p. 735, 10^e édit.

(2) Sénat, séance du 18 juin 1909, *J. O.*, Sénat, déb. parl., 1909, p. 472.

enlever la plaque indicatrice. (Cass. crim. 2 mai 1873. *D.* 73. 1. 172.)

« Considérant, dit un arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906 (sur lequel nous aurons l'occasion de revenir) ⁽¹⁾, qu'en l'absence d'une décision rendue par la juridiction compétente et donnant au *contrat de concession* une interprétation différente de celle admise par le préfet, le Syndicat n'est pas fondé à soutenir que le refus qui lui a été opposé par le préfet, dans les termes où il a été motivé, est entaché d'excès de pouvoir. » Il s'agissait dans cette espèce de l'interprétation d'une clause réglant le fonctionnement du service, question de savoir si un tronçon de ligne de tramway se trouvait ou non compris dans le réseau concédé. Signalons encore un arrêt du 23 janvier 1903 ⁽²⁾ que nous commenterons plus loin. Cette décision montre bien que la haute juridiction administrative voyait dans la concession uniquement un contrat.

Nous avons montré par quelques citations que la théorie de la concession-contrat était autrefois très répandue en France. Elle était même admise presque sans discussion. Mais les exemples donnés ci-dessus sont de date déjà ancienne. La théorie de la concession acte uniquement contractuel a subi, depuis lors, comme nous allons l'expliquer, bien des atteintes. Cependant, il importe de noter que quelques auteurs, la jurisprudence et la pratique sont encore fortement imprégnés de cette théorie, même lorsqu'ils admettent qu'elle est trop absolue et en partie inexacte. Ainsi, M. Berthélemy (*Droit administratif*, 9^e édit., p. 664 et 665), dans une récente édition de son manuel de droit administratif, commence par affirmer : « *La concession de travaux publics est un contrat...*

- 1° C'est un contrat synallagmatique;
- 2° C'est un contrat commutatif;
- 3° Le contrat est fait *intuitu personae...* », avant d'ajouter que les conditions dans lesquelles l'exploitation du service

(1) Voyez *infra*, p. 64.

(2) Voyez *infra*, p. 43.

public aura lieu ne sont pas de nature contractuelle, mais réglementaire.

Signalons la définition de la concession donnée par M. Y. Le Troquer, ministre des Travaux publics, au cours de la discussion au Parlement de la loi récente sur le régime des chemins de fer d'intérêt général ⁽¹⁾ : « Un contrat de concession, c'est un contrat par lequel une compagnie s'engage à construire puis à exploiter un chemin de fer moyennant une rémunération constituée par le droit de faire payer à sa clientèle des prix limités par des maxima. »

De même, la jurisprudence, quelle qu'ait été son évolution en la matière, parle encore de « contrat de concession » (Voyez Conseil d'Etat, 28 juin 1918, *Rec.*, p. 641. — Cour de Toulouse, 19 février 1919, *S.* 1919.2. 90. — Cassation chambre civile, 4 janvier 1922. *Dalloz*, 1922. 1. p. 45.)

On se rend compte combien la jurisprudence du Conseil d'Etat est encore influencée par la théorie de la concession-contrat, si l'on se reporte à l'arrêt célèbre du 30 mars 1916. (*Gaz de Bordeaux*.)

Si le Conseil avait nettement fait la distinction entre les clauses réglementaires organisant le service et les clauses contractuelles visant les rapports particuliers du concédant et du concessionnaire, il aurait simplement décidé que, pour assurer le bon fonctionnement du service, le concédant avait le devoir de modifier les tarifs, par suite de la hausse énorme du prix du charbon. Il s'agissait en ce cas d'une modification à l'organisation du service et l'intervention du concédant eût été dans cette hypothèse parfaitement légale. La haute juridiction administrative n'aurait pas eu besoin, pour expliquer comment le concédant était tenu d'indemniser le concessionnaire quelles que soient les stipulations du traité, de prétendre que l'on se trouvait dans une situation « *extra-contractuelle* ». A cette occasion, on a voulu appliquer là théorie de *l'imprévi-*

(1) Sénat, 2^e séance du 7 juillet 1921, *J. O. Débats parlementaires*, 1921, p. 1552, 1^{re} colonne.

sion ⁽¹⁾, qu'il était sans doute parfaitement inutile d'invoquer en la matière.

De même, ainsi que nous le montrerons plus loin, le Conseil, considérant le concessionnaire comme dans une situation exclusivement contractuelle vis-à-vis du concédant, décide que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable de sa part contre les actes objectifs de l'administration, contrairement aux clauses réglementaires de son cahier des charges ⁽²⁾.

§ 2. — *Réfutation de la théorie de la concession-contrat.*

Nous ne saurions adopter cette théorie. Ses conséquences pratiques sont, en effet, inacceptables. Il est impossible de les concilier avec les principes essentiels plus haut énoncés de l'exploitation des services publics. Si la concession est un contrat et uniquement un contrat, aucune de ses clauses ne pourra être modifiée sans un accord de volontés des parties. Par conséquent, l'administration concédante ou l'autorité compétente pour surveiller et contrôler le service ne pourront jamais, par un acte unilatéral, apporter dans l'intérêt public de modification à son fonctionnement. Le concessionnaire est obligé d'assurer le service dans les conditions prévues au cahier des charges. Les gouvernants ne pourront intervenir que si le concessionnaire ne remplit pas ses obligations contractuelles. En ce cas, la sanction est en général la déchéance prononcée par l'administration, mais bien entendu sous le contrôle « du juge du contrat » devant qui un recours pourra être formé par le concessionnaire.

La jurisprudence a fait autrefois une application rigoureuse de cette théorie, elle déduisait qu'aucune modification

⁽¹⁾ Cf. Saint-Marc, (« De l'imprévision dans les contrats administratifs », Thèse Paris, 1918) et André Bruzin, (« Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle », Thèse Bordeaux, 1922), où la matière est traitée d'une façon complète.

⁽²⁾ Cf. Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, S. 1908, III, I.

au service ne pouvait être apportée, dans l'intérêt général, au cours de la concession, sans le consentement du concessionnaire. Cette manière de voir a inspiré plusieurs arrêts du Conseil d'Etat dans des procès entre les municipalités et leurs concessionnaires gaziers.

L'adoption de l'électricité comme mode pratique d'éclairage a montré le vice de la thèse que nous combattons. En général, les compagnies du gaz avaient fait insérer dans leur cahier des charges une clause refusant les autorisations de voirie nécessaires pour l'installation d'une entreprise concurrente. Ces stipulations qui établissaient un véritable monopole au profit du concessionnaire, avaient, si l'on appliquait la théorie de la concession-contrat, pour résultat de priver le public des avantages d'un mode plus pratique et plus perfectionné d'éclairage. Voyez notamment en ce sens un arrêt du Conseil d'Etat du 26 décembre 1891, *Compagnie du Gaz de Saint-Etienne* ⁽¹⁾ (Rec., p. 789), avec les conclusions du commissaire

(1) Conseil d'Etat, 26 décembre 1891 : « Considérant que, si les communes ne peuvent constituer au profit d'un tiers le monopole de l'éclairage privé, il leur appartient, pour assurer sur leur territoire le service de l'éclairage tant public que particulier, de s'interdire d'autoriser ou de favoriser sur le domaine municipal tout établissement pouvant faire concurrence à leur concessionnaire;

Considérant que, des dispositions combinées des traités intervenus en 1851 et 1857, entre la ville de Saint-Etienne et la Compagnie du gaz, il résulte que ladite Compagnie a été seule et exclusivement chargée du service de l'éclairage dans la ville de Saint-Etienne, pendant toute la durée du bail, sans distinction aucune entre l'éclairage public et l'éclairage particulier; que si ces traités réglementent uniquement l'éclairage par le gaz, seul procédé alors en usage, l'article 14 du traité de 1857 confère à la ville la faculté d'imposer à la Compagnie, sous certaines conditions déterminées, l'adoption de tout nouveau mode d'éclairage qui viendrait, par suite des découvertes de la science, à être généralement substitué à Paris et à Lyon, au mode usité; qu'en imposant ainsi à sa compagnie concessionnaire l'obligation de la faire profiter de l'application des découvertes futures, la ville a, par cela même, précisé le sens et la portée des engagements qu'elle contractait envers ladite compagnie et du droit exclusif qu'elle entendait lui concéder; qu'à cet égard, la commune intention des parties est d'ailleurs affirmée expressément par les termes mêmes des délibérations du Conseil municipal qui ont précédé et préparé les deux traités; qu'il suit de là qu'en passant avec la Société Edison un contrat autorisant ladite Société à placer dans les voies urbaines des fils pour la distribution de la lumière électrique aux particuliers et stipulant même au profit de la

du gouvernement, M. Valabrègue. A la même date, le Conseil a rendu un autre arrêt dans le même sens : « *Compagnie de l'Eclairage électrique de Montluçon contre ville de Montluçon et Compagnie du Gaz* ⁽¹⁾. »

Dans ces décisions, comme le fait remarquer M. Jèze : « Le Conseil d'Etat se place *exclusivement* sur le terrain *contractuel*, c'est-à-dire résout le problème d'après les règles applicables au *procédé du droit privé* ⁽²⁾ ». (Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, 2^e édit., p. 292.)

De même, en matière de chemins de fer concédés, l'appli-

commune une redevance proportionnelle au nombre des lampes établies, la ville de Saint-Etienne a méconnu ses obligations vis-à-vis de la Compagnie du Gaz; qu'ainsi ladite Compagnie est fondée à demander l'annulation de l'arrêté par lequel le Conseil de préfecture de la Loire a rejeté sa demande en dommages-intérêts.»

(1) 10 janvier 1902, S. 1902. III. 17.

(2) Devant les faits nouveaux, le Conseil d'Etat s'est plus tard rendu compte combien rigoureuses pour les municipalités et contraires au progrès étaient les conséquences résultant de la stricte application de la théorie de la concession-contrat; il a alors cherché à concilier l'intérêt des usagers, celui de la ville et celui du concessionnaire. Voici la solution à laquelle sa jurisprudence est arrivée en 1900 :

Lorsqu'une ville veut organiser un service public d'éclairage électrique, alors que l'exploitation du service de lumière est confiée dans la commune à une compagnie du gaz avec privilège exclusif, la ville doit mettre le concessionnaire « en demeure de fournir la lumière électrique aux conditions offertes par l'entrepreneur de ce nouvel éclairage, » qui a fait des propositions sérieuses à la commune. Dans le cas où la compagnie du gaz est disposée à se charger de l'éclairage électrique et où la commune écarte ses offres, le Conseil d'Etat estime que la concession donnée à la société électrique constitue une « violation des obligations consenties par la commune à l'égard de son concessionnaire » et que ce dernier peut demander des dommages-intérêts. (Conseil d'Etat, 22 juin 1900, commune de Maromme. *Rec.*, p. 415.)

« Considérant », dit un autre arrêt du Conseil d'Etat du 10 janvier 1902 (Compagnie du Gaz de Deville-les-Rouen) « qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du Gaz le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen et à la commune de Deville la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, en le concédant à un tiers dans le cas où la Compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier. »

D'ailleurs le Conseil d'Etat n'admet cette solution que dans les cas où l'acte de concession ne contient pas de clauses relatives à un nouvel éclairage. S'il en existait, il les appliquerait quelles qu'elles soient. (Voyez Jèze, *op. cit.*, p. 290.)

cation stricte de la théorie de la concession-contrat, aboutit à des conséquences qui peuvent être fort préjudiciables à l'intérêt public. Des arrêts du Conseil d'Etat, notamment celui du 23 janvier 1903, « *Chemins de fer économiques du Nord* » (*Rec.*, p. 62) et celui du 30 juin 1905 « *Compagnie des tramways de Paris* » (*Rec.*, p. 607) décidaient que l'administration ne peut apporter sans le consentement du concessionnaire de modifications à l'organisation du service telle qu'elle résulte de l'acte de concession. « Considérant, dit l'arrêt du 23 janvier 1903, que si l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 confère au préfet le droit de déterminer, sur la proposition du concessionnaire, le tableau du service des trains, cette disposition doit être conciliée avec l'article 14 du cahier des charges de la Compagnie requérante, qui porte que le nombre minimum des voyages qui devront être faits tous les jours dans chaque sens est fixé à deux en hiver et quatre en été; que le nombre des voyages fixé par cet article 14 constitue donc un minimum contractuel qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties. Considérant que, dans ces conditions, la Compagnie requérante est fondée à soutenir qu'il n'appartient pas au préfet de lui imposer un service d'hiver à trois trains pour l'année 1899-1900 et que le Conseil de préfecture a fausement interprété les dispositions de l'article 14 de son cahier des charges. » Arrêt du 23 janvier 1903 (*Rec.*, p. 62) avec les conclusions du commissaire du gouvernement, M. Teissier.

« Considérant », dit l'arrêt du 30 juin 1905, « que les arrêtés attaqués, par lesquels le préfet de police a fixé de nouveaux horaires comportant une augmentation du nombre des voyages pour les lignes de Paris (place de la Madeleine) à Saint-Denis, à Gennevilliers et à Asnières, ont eu pour objet de procurer l'application des dispositions contenues dans les traités de concession concernant ces diverses lignes et qu'il ne pouvait y être pourvu sous la forme impérative de prescriptions de police; que par suite les arrêtés attaqués sont entachés d'excès de pouvoir. » (Arrêtés annulés.)

Nous avons déjà signalé que M. Poincaré, rapporteur général de la commission des finances, dans un discours au Sénat, lors de la discussion de la loi sur les retraites des cheminots, voyait dans la concession uniquement un contrat. (*J. O.*, Sénat, Déb. Parl. 1909, p. 472.)

En se plaçant à ce point de vue, il arrivait à la conclusion que l'Etat ne devait pas apporter de modifications à la situation du personnel des réseaux concédés.

« ...une concession, Messieurs, est un contrat, et les conditions de ce contrat sont déterminées par le cahier des charges. Or, le cahier des charges des grandes compagnies de chemins de fer ne donne pas plus à l'Etat le droit de régler lui-même d'office, de sa propre autorité, l'âge et les conditions des retraites qu'il ne lui donne le droit de fixer les salaires. Je ne dis pas — je ne veux pas qu'on dénature ma pensée — je ne dis pas que cette modification puisse constituer une illégalité, puisqu'elle est faite par la loi elle-même; mais à mes yeux, elle est d'autant plus fâcheuse que le législateur peut précisément se la permettre avec impunité; c'est le fait du prince dans ce qu'il a de plus arbitraire (¹)... »

Par les exemples cités, nous avons montré que l'application de la théorie de la concession-contrat conduisait nécessaire-

(¹) MM. Denoix, Mir et Milliard ont soutenu la même opinion.

« On vous l'a déjà dit, et j'essayerai de vous le démontrer encore tout à l'heure, ce projet n'est pas légitime, car vous n'avez pas le droit de modifier une convention passée avec les compagnies, vous n'avez pas le droit de modifier le contrat résultant des dispositions d'un cahier des charges que vous avez signé avec les représentants de ces compagnies. » (M. Denoix, Sénat, séance du 18 juin 1909; *J. O.*, S., Déb. P., 1909, p. 477.)

« L'Etat est lié par le cahier des charges vis-à-vis des compagnies comme les compagnies sont liées vis-à-vis de lui. Il y a bien un certain article 33 du cahier des charges, dont j'ai parlé tout à l'heure et qu'on a souvent invoqué pour imposer aux compagnies des dépenses qui ne leur incombaient pas. Cet article autorise le gouvernement à prescrire aux compagnies, au cours de la concession, des mesures de sécurité publique nécessaires à l'exploitation et met les frais de ces mesures à la charge des compagnies... mais est-ce que par hasard, la mesure qui consiste à augmenter les retraites peut être considérée comme nécessaire à l'exploitation, comme indispensable pour assurer une bonne exploitation. » (Discours M. Milliard au Sénat, séance 6 juillet 1909. *J. O.*, Sénat, Débats P., 1909, p. 614.)

ment à un résultat fâcheux : l'administration est liée pendant tout le temps de la concession; sans le consentement du concessionnaire, aucune modification ne pourra être apportée au service, dans l'intérêt général. Or, nous l'avons expliqué, les gouvernants ont le pouvoir de mettre à n'importe quel moment le service en harmonie avec les besoins du public et les progrès de la science et de la technique. Ils ne peuvent l'abandonner, puisqu'il constitue pour eux un *devoir*. Nous sommes donc amenés à la conclusion suivante : ou bien la théorie de la concession-contrat est inexacte, puisqu'elle rend mal compte des faits qu'elle entend expliquer, ou bien la concession est un mode vicieux d'exploitation des services publics.

Envisageons tout d'abord la première hypothèse.

L'impossibilité de concilier la théorie de la concession-contrat avec l'intervention des gouvernants dans l'intérêt public a montré la nécessité d'élargir cette conception : Certains auteurs ont écrit, en effet, que la concession était sans doute un contrat, mais d'un genre particulier : un « *contrat de droit public* » ⁽¹⁾. Laferrière, par exemple (*Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., 1896, t. 1, p. 604), range les concessions dans une catégorie de « contrats d'une nature toute particulière »... qui « excèdent... les facultés que le droit privé reconnaît aux citoyens ». Nous trouvons une formule analogue dans le *Traité général de droit administratif appliqué* de Dufour (3^e édit., 1870, t. 8, p. 186) : « Elle [la concession] constitue un contrat d'une nature toute spéciale, un contrat *sui generis*, pour parler le langage des docteurs. »

Une distinction entre les « *contrats d'utilité publique* » et les « *contrats d'utilité privée* » a été proposée par le juriste belge Sainctelette. (*Revue de droit international*, t. 20, p. 425 et suiv.) ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sur ces théories cf. Duquît, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, ch. V. (La volonté des gouvernants), § VI (Manifestation contractuelle de la volonté des gouvernants), p. 371.

Nézar, *Théorie juridique de la fonction publique*, p. 238.

⁽²⁾ Cf. Planiol, *Traité de droit civil*, 7^e édit., t. 2, p. 322.

Le terme « *contrat de droit public* » a aussi été employé par le Conseil d'Etat, notamment dans l'arrêt Winkel. (J. O., 7 août 1906; *Rec.*, p. 826) ⁽¹⁾. Nous estimons, avec MM. Hauvriou et Jèze, que la haute juridiction a eu tort, car la notion de « *contrat de droit public* » s'inspire d'une théorie allemande, d'après laquelle les contrats passés par l'Etat en matière de service public auraient un caractère particulier ⁽²⁾ et ne lieraient pas d'une manière absolue les gouvernants.

Cette explication de la nature des concessions est sans valeur : en droit public, comme en droit privé, le contrat est une catégorie d'actes juridiques bien déterminée; un contrat qui pourrait être modifié unilatéralement ne justifierait pas son nom. Nous nous élevons énergiquement, avec notre éminent maître M. Duguit, contre l'expression « *contrat de droit public* », formule dangereuse, d'origine germanique, qui tend à légitimer l'arbitraire des gouvernants.

Une analyse plus approfondie de la concession nous permet, au contraire, de comprendre comment les gouvernants peuvent, à tout instant, intervenir pour assurer le bon fonctionnement du service : c'est que les clauses organisant ledit service n'ont pas le caractère contractuel. Toutes les dispositions de la concession ont sans doute le caractère de convention; toutefois, certaines d'entre elles ne donnent point naissance à une situation de créancier et de débiteur entre le concédant et le concessionnaire, mais à une règle qui s'impose, non seulement aux parties, mais aux tiers. La théorie de la concession-contrat n'est donc que partiellement exacte, puisque seules quelques stipulations de la concession constituent un contrat.

(1) Dans cet arrêt, l'expression « *contrat de droit public* » est appliquée à la nomination et au statut des fonctionnaires.

(2) Seydel, *Baierisches Staatsrecht*, II, p. 184. Cité par Nézard, « *Nature juridique de la fonction publique* », Thèse Paris, 1901, p. 238.

CHAPITRE V

Théorie de la concession acte complexe.

§ 1. — *La concession convention-contrat et convention-loi.*

Sous les apparences d'un acte unique, la concession de service public est une *opération juridique complexe*. Dans son ensemble, elle constitue assurément une convention, c'est-à-dire un accord de volontés en vue de produire un effet de droit. Certaines dispositions présentent, sans aucun doute, les caractères d'un contrat : elles constituent un accord de volontés en vue de faire naître une obligation, c'est-à-dire des rapports particuliers de créancier et de débiteur, entre le concédant et le concessionnaire. Elles n'intéressent pas les tiers. C'est, par exemple, le cas des stipulations relatives aux subventions promises par le concédant, à la garantie d'intérêt assurée par le concédant aux actions de la société concessionnaire. Mais il existe d'autres clauses, précisément les plus importantes, qui ne visent pas spécialement la situation subjective du concédant et du concessionnaire; à leur suite ne se produit pas une relation de créancier et de débiteur. Elles ont pour résultat de faire naître une *règle* s'appliquant, non seulement aux parties à la convention, mais aux tiers, aux employés et aux usagers. *Ce sont celles qui organisent le fonctionnement du service*. Elles constituent vraiment une *loi au sens matériel*.

Si l'on voit dans la concession uniquement un contrat, il n'est pas possible de comprendre comment certaines dispositions s'appliquent à des tiers. Le propre des contrats n'est-il pas de n'avoir d'effets qu'entre les parties (1165 Code civ.) ? Les juristes qui considéraient l'acte de concession comme un

bloc contractuel ont bien essayé de l'expliquer tout de même. Ils ont eu recours à la théorie de la *stipulation pour autrui* ⁽¹⁾. Si, par exemple, disent-ils, le voyageur effectue moyennant 0 fr. 25 un parcours sur les tramways de Bordeaux, c'est que la ville a stipulé en sa faveur. Cette interprétation doit être écartée. Au cas de stipulation pour autrui, en effet, l'un des contractants s'engage à accomplir une certaine prestation bien définie, au profit d'un tiers. Le bénéficiaire est une *personne déterminée*, ou qui pourra l'être un jour. Au cas de concession de service public, la situation est différente : le concédant ne s'engage pas à fournir une *prestation concrète à telle personne déterminée ou déterminable, à l'exclusion de toute autre*, mais accepte une règle qui régira ses rapports juridiques avec *tous ceux* qui voudront user du service.

Si l'on admet, au contraire, conformément à notre théorie, le caractère réglementaire des clauses organisant le service, pas de difficultés pour expliquer comment ces dispositions sont applicables à des tiers. Mais des personnes peu familiarisées avec la technique juridique moderne et aussi certains juristes traditionalistes quelque peu attardés se demandent comment des stipulations contenues dans un cahier des charges peuvent constituer une loi au sens matériel. Ils ne songeraient pas à leur contester ce caractère si elles étaient inscrites dans l'acte unilatéral (décret, arrêté municipal) organisant un service en régie, mais ils ne comprennent pas qu'une disposition par voie générale puisse résulter d'une simple convention. Il n'y a pourtant pas lieu d'en être surpris; il existe aujourd'hui des exemples de ces *conventions-lois*, en droit public comme en droit privé. De nombreux *traités internationaux* ont ce même caractère. D'autre part, nous avons déjà cité la *convention collective de travail*.

Cependant, l'étonnement de ces personnes est excusable,

(1) Cf. Dans ce sens : Lambert, « La stipulation pour autrui », Thèse Paris, 1893. Labbé. Note sous arrêt de Cour de cass. de Belgique du 21 juillet 1888. S. 89. IV. 9. A ce sujet voyez aussi Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2.

si l'on songe que des publicistes, auxquels la Science du Droit est redevable d'un grand progrès doctrinal, ont dénié le caractère de convention aux dispositions organiques d'un service concédé et lui ont reconnu celui d'*acte unilatéral*, pour expliquer comment celles-ci peuvent s'appliquer aux tiers et être modifiées à tout instant par les gouvernants.

M. Jèze, en note sur un arrêt du Conseil d'Etat en date du 3 février 1905, dans *La Revue de droit public* (année 1905, p. 349), distingue dans la concession deux catégories de clauses : « les unes de nature *unilatérale* ⁽¹⁾, les autres de nature conventionnelle. » Il dit dans le même article au sujet des stipulations organisant le fonctionnement du service : « Ce sont des actes *unilatéraux* ⁽²⁾, dont l'observation s'impose avec la force des règlements proprement dits ». Le même auteur écrit d'autre part (*Principes généraux du droit administratif*, 2^e édit., p. 285) que : « *l'organisation du service est faite exclusivement par l'administration; l'organisation du service n'est pas de la compétence du concessionnaire*. Ce sont les autorités publiques et *elles seules*, qui ont compétence pour dire comment le service public concédé devra être organisé, devra fonctionner. »

M. Hauriou, de son côté ⁽³⁾, estime que le caractère réglementaire des dispositions organiques du service résulte *uniquement* de « l'acte d'institution de la situation de service concédé, décision réglementaire *unilatérale* ⁽¹⁾ (loi, décret ou délibération d'assemblée) émanant le plus souvent d'une autorité supérieure » ⁽³⁾. D'après le savant doyen de Toulouse, l'acte d'institution intervenant le dernier se présente comme une homologation, mais en réalité contient quelque chose de plus; on doit y rattacher la création réglementaire du service.

Qu'on nous permette de faire une objection : L'acte qui approuve ne communique pas son propre caractère à l'acte approuvé. Ainsi, un marché passé par un maire au nom d'une

⁽¹⁾ Mot non souligné dans le texte.

⁽²⁾ Hauriou. *Précis de droit administratif*, 10^e édit., 1921, p. 753.

⁽³⁾ Hauriou, *op. cit.*, p. 755.

commune ne devient pas un acte unilatéral à la suite de son approbation par le préfet. On est donc autorisé à conclure que l'acte d'approbation ne confère pas aux dispositions organisant le service concédé le caractère unilatéral. D'ailleurs, il est inutile, croyons-nous, de faire intervenir l'idée d'un acte unilatéral des gouvernants pour expliquer le caractère légal ou réglementaire des clauses prévoyant le fonctionnement du service. La loi, au sens matériel, est, en effet, comme nous l'avons rappelé, *une disposition par voie générale, constatation et mise en œuvre de la Règle de Droit objectif, considérée indépendamment de l'organe dont elle émane*. La loi était regardée jadis comme l'expression de la volonté souveraine des gouvernants, mais aujourd'hui la notion de souveraineté est fort critiquée, elle est remplacée comme fondement de la loi par celle de *service public*. — En vertu de cette conception nouvelle, les gouvernants sont de plus en plus considérés comme ayant, non le **pouvoir** de donner des ordres, mais le **devoir** d'assurer le maintien et le développement de la solidarité sociale, par le moyen des services publics. On comprend donc qu'une loi, constatation et mise en œuvre du droit objectif, puisse naître à la suite d'un accord de volontés entre les gouvernants et un simple particulier : clauses réglementaires d'une concession de service public; on conçoit même qu'elle résulte d'un accord de volontés privées : convention collective de travail.

§ 2. — *Critérium des clauses réglementaires
et des clauses contractuelles.*

Puisque les clauses de la concession de service public sont de deux sortes : les unes réglementaires, les autres contractuelles, et qu'à la nature de chacune de ces catégories de dispositions se rattachent des conséquences particulières, nous devons nous poser la question : Existe-t-il un critérium permettant de distinguer les unes des autres dans le document

unique que constitue l'acte de concession ? Ce critérium existe, en effet ; il est, sans doute, purement formel, mais très exact. *Sont clauses réglementaires toutes celles que l'on comprendrait dans l'acte organisant le service s'il était exploité en régie.* Ce sont, par exemple, les tarifs d'abonnement au gaz ou à l'électricité ; s'il s'agit d'un chemin de fer concédé, les tarifs maximum de transport des voyageurs et marchandises, le nombre et la vitesse des trains, les mesures à prendre en faveur du personnel ou des usagers. Toutes ces dispositions se retrouvent dans l'acte unilatéral (décret, arrêté) organisant le fonctionnement d'un service exploité directement par l'administration. *Sont, au contraire, clauses contractuelles celles que l'on ne rencontre jamais dans l'acte réglementant l'exploitation d'un service en régie.* Par exemple, les clauses qui prévoient les rapports financiers du concédant et du concessionnaire, subvention, garantie d'intérêt, partage des bénéfices, etc.

Ayant précisé la différence entre les clauses réglementaires et les clauses contractuelles, et indiqué le moyen pratique de les distinguer, il nous reste à étudier les conséquences qui se rattachent à la nature particulière de chacune de ces catégories de dispositions.

CHAPITRE VI

Les clauses réglementaires.

§ 1. — *Caractère de généralité. Sanctions pénales.*

Les clauses fixant l'organisation et le fonctionnement du service ont le caractère de *loi au sens matériel*.

Elles ont donc : a) Le caractère de généralité de la loi; b) Sa *sanction juridictionnelle*.

GÉNÉRALITÉ ET SANCTION JURIDICTIONNELLE DES CLAUSES RÉGLEMENTAIRES. — Il ne faut pas oublier que la loi est générale et impersonnelle; c'est-à-dire n'est pas faite en vue d'une ou plusieurs personnes déterminées; elle régit tous les citoyens et même simplement habitants d'un pays, ou bien s'appliquera à tous ceux qui, à la suite d'un acte ou d'un simple fait, se trouveront dans une certaine situation.

Tous les intéressés peuvent se prévaloir de la loi. — Sa violation par un fait qualifié infraction donne lieu à une répression eu égard au trouble social occasionné.

Tout intéressé peut invoquer la violation de la loi, pour obtenir une réparation, si le fait qui a violé la loi lui occasionne un préjudice appréciable en argent.

Tout acte juridique en violation de la loi sera nul ou susceptible d'être annulé par la juridiction compétente. Spécialement, tout intéressé a qualité pour attaquer par le moyen du *recours pour excès de pouvoir* tout acte objectif de l'administration fait en violation de la loi et obtenir son annulation par le Con-

seil d'Etat ⁽¹⁾. De même, toute personne actionnée devant un tribunal, en vertu d'un règlement, peut opposer l'exception d'il-légalité. La juridiction devant laquelle elle est opposée *n'annu-lera pas* ledit règlement, mais *n'en fera pas application*.

Les clauses réglementaires de la concession de service public ayant le caractère de loi au sens matériel ont le carac-tère de généralité de la loi. Nous l'avons montré, elles n'ont point pour objet de régler seulement les rapports particuliers du concédant et du concessionnaire; elles s'appliquent à des tiers non parties à la convention. Les agents comme tous ceux qui useront ou désireront user du service y sont soumis et pourront s'en prévaloir. De nombreuses décisions du Conseil d'Etat s'inspirent de ce principe. Comme nous le verrons plus loin, le Conseil, par exemple, admet qu'un commerçant et pro-priétaire d'un immeuble situé en bordure de la voie publique a qualité pour faire sanctionner par un recours juridictionnel l'observation, tant par l'administration que par une compa-gnie de tramways, de la clause d'un cahier des charges auquel il n'avait pas été partie ⁽²⁾. (Arrêt du Conseil d'Etat du 3 février 1905, Storch, *Revue de droit public*, 1905, p. 346, note Jèze.)

POSSIBILITÉ DE SANCTIONS PÉNALES. — Les clauses organisant le service, ayant le caractère de loi au sens matériel, ont aussi la sanction juridictionnelle de la loi. Il ne faudrait donc pas s'étonner de voir certaines dispositions contenues dans le cahier des charges d'un service concédé *sanctionnées par la loi pénale*. A défaut de sanction expresse, il y aurait lieu d'ap-pliquer celle de l'article 471, § 15, du Code pénal, puisque ces dispositions constituent un règlement. Beaucoup d'auteurs ⁽³⁾

(1) Rappelons qu'aucun recours n'est possible en France contre une loi formelle, c'est-à-dire un acte quel qu'il soit émané du Parlement et promulgué par le chef de l'Etat.

(2) Voyez aussi les arrêts cités plus bas.

(3) Cf. en ce sens note de Lyon-Caen sous Cass., 16 décembre 1882. S. 83. I. 433.

Voy. aussi Picard, *Traité des chemins de fer*, t. 3, p. 654.

Cf. Dereux, « De la nature juridique des tarifs de chemins de fer », Thèse Paris, 1906, p. 222.

soutiennent, il est vrai, qu'un cahier des charges constituant simplement une convention, aucune disposition de cet acte n'est de nature à être réprimée par des condamnations pénales, et nous relevons des décisions jurisprudentielles en ce sens ⁽¹⁾. Cependant, une jurisprudence constante attribue *aux tarifs de chemins de fer*, sans distinguer s'il s'agit d'un tarif du cahier des charges ou d'un tarif homologué, le caractère légal ou réglementaire et décide qu'ils sont susceptibles d'être sanctionnés par la loi pénale, en l'espèce par l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845 ⁽²⁾.

Certains auteurs ⁽³⁾ ont soutenu, il est vrai, que ledit article 21 de la loi de 1845 était en l'espèce inapplicable. Nous n'avons pas à entrer ici dans une discussion qui nous entraînerait trop loin. Bornons-nous à faire remarquer qu'à défaut de la sanction de l'article 21 de la loi du 15 juillet 1845, celle de l'article 471, § 15, du Code pénal trouverait, à notre avis, en ce cas, son application.

La Cour de cassation a aussi reconnu que des infractions commises par les concessionnaires de services municipaux de nettoyage ou d'arrosage aux clauses de leur cahier des charges organisant le service, étaient susceptibles de sanctions pénales.

« En vain on voudrait ne voir, dans les infractions au cahier des charges de l'adjudication du balayage des rues et places d'une ville, que l'inexécution d'un contrat; le traité ainsi passé et les conditions qui y ont été apposées rentrent dans l'exercice

⁽¹⁾ Cass. crim., 2 mai 1873. *D.* 73. I. 172.

Cass. crim., 10 mai 1844. Cité par Lamé-Fleury et Sarrut, *Code annoté des chemins de fer en exploitation*, p. 285.

⁽²⁾ Cass. crim., 6 janvier 1848, *D.* 48. I. 42.

Cass. crim., 22 avril 1854, *D.* 54. I. 214.

Cass. crim., 16 décembre 1882, *D.* 83. I. 177. *S.* 83. I. 433.

⁽³⁾ Cf. Lamé-Fleury et Sarrut, *Code annoté des chemins de fer en exploitation*, 4^e édit., p. 26.

Dereux, *op. cit.*, p. 230. Cet auteur estime que les dispositions des tarifs qui ne sont reproduites dans aucun règlement d'administration publique, ni dans des arrêts préfectoraux, ne reçoivent aucune sanction pénale, pas même celle de l'article 471, § 15, du Code pénal, car il leur dénie la nature de règlement.

du pouvoir réglementaire et de police municipale qui appartient aux maires. D'où il suit que les peines applicables aux infractions qui y sont commises sont celles de l'article 471, § 3, du Code pénal. » (Cour de cass., ch. crim., 10 et 25 juin 1869.)

« L'arrosage de toutes les voies de communication urbaines est au nombre des objets confiés à la vigilance et à l'autorité du maire, parce qu'il intéresse le nettoyage et la salubrité de la ville.

» En dotant la commune des avantages de l'arrosage par un traité, le maire agissait en la double qualité d'agent du pouvoir exécutif, qui peut prendre des arrêtés sur les objets confiés à sa vigilance, et de représentant de la commune, qui souscrit des marchés pour assurer un service public; il était donc dans le cercle de ses attributions et, dès lors, l'amende de l'article 471, § 15, du Code pénal ne saurait être refusée comme sanction des omissions d'arrosage. » (C. c., crim., rej., 19 avril 1894.) Voyez aussi dans le même sens un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation du 2 juillet 1858, et les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 novembre 1861, du 21 juin 1866 et du 13 décembre 1890 (1).

§ 2. — Sanctions civiles.

Lorsqu'un fait contraire aux clauses réglementaires de la concession occasionne un *préjudice* à quelqu'un, la personne lésée peut demander *réparation* de ce préjudice en invoquant *la violation de la loi du service*.

(1) Toutes ces décisions de la Cour de cassation sont rapportées par Lamé-Fleury, *op. cit.*, p. 290 et 291.

Les arrêts précités du 21 juin 1866, 13 décembre 1890, 10 et 25 juin 1869, ont invoqué à tort, croyons-nous, le paragraphe 3 de l'article 471 du Code pénal. Cet alinéa vise en effet « ceux qui auront négligé de nettoyer les rues ou passages, dans les communes où ce soin est laissé à la charge des habitants ». Il ne nous semble pas que ce texte puisse sanctionner les infractions commises par un concessionnaire du service de nettoyage. La Cour aurait dû en ce cas appliquer de préférence (comme elle l'a fait par un arrêt du 19 avril 1894, dans une affaire où il s'agissait d'un entrepreneur communal de l'arrosage) le paragraphe 15 dudit article 471, du Code pénal.

Nous supposons qu'il n'existe aucun lien juridique particulier entre le responsable et la victime, c'est-à-dire que nous n'avons pas à envisager ici le cas où la violation d'une disposition réglementaire de la concession est le fait de l'administration et occasionne un dommage au concessionnaire, ni celui où elle est le fait du concessionnaire et cause un préjudice au concédant. Le fait contraire à la loi du service a alors une répercussion sur la situation juridique subjective des parties à la convention, et c'est la violation du contrat qui sera invoquée par la victime du préjudice pour justifier une demande de dommages-intérêts devant le Conseil de préfecture. (Voyez *infra* le chapitre sur les conséquences des clauses contractuelles.)

Cette hypothèse laisse encore de côté le cas où la personne lésée se trouve liée au concessionnaire par une situation particulière, subjective, comme le voyageur qui a pris un billet ou l'expéditeur d'une marchandise, et invoque, *non point la violation* de la loi du service, mais celle d'une situation juridique subjective; nous ne disons pas d'un contrat : La jurisprudence et la doctrine n'hésitent pas sans doute à voir un *contrat* dans cette circonstance, mais la question est très discutable; il sortirait du cadre de cette étude de l'aborder ici. En tout cas, la situation qui se *produit à la suite* de la déclaration de volonté du voyageur qui a pris son billet ou de l'expéditeur d'une marchandise semble bien une *situation juridique subjective*. Le voyageur aussi bien que l'expéditeur sont *créanciers* de la compagnie. Cette dernière a l'obligation de transporter sans dommages celui qui a pris son billet ou la marchandise à elle confiée. En cas d'accident, la victime du préjudice fonde sa *réclamation* sur la violation d'une *situation juridique subjective*. La jurisprudence de la Cour de cassation donne, d'une manière constante, une base contractuelle à la responsabilité des compagnies de chemins de fer à raison des accidents survenus aux personnes et aux choses transportées. En ce qui concerne les premières, il est vrai, depuis un arrêt ⁽¹⁾ célèbre

(1) Arrêt de Cass., ch. civ., du 10 novembre 1884. (D. 85. 1. 433.)

de sa chambre civile, en date du 10 novembre 1884, la Cour suprême fondait la responsabilité des compagnies sur l'article 1382 du Code civil, c'est-à-dire voyait un cas de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle ⁽¹⁾. Mais à la suite de trois décisions fameuses (les arrêts : *Donat* du 5 février 1905 ⁽²⁾, *Zbidi-Hamida ben Mahmoud* du 21 novembre 1911 ⁽³⁾, *Mestellan* du 27 janvier 1913 ⁽⁴⁾), elle donne désormais la même solution en ce qui concerne les dommages subis par les voyageurs ou les marchandises ⁽⁵⁾ : elle voit dans tous les cas une question de responsabilité contractuelle ⁽⁶⁾.

a) CAS DE L'USAGER QUI NE PEUT USER DU SERVICE
CONFORMÉMENT A SA LOI ORGANIQUE.

Le plus souvent, dans l'hypothèse que nous avons en vue, la victime du préjudice est une personne disposée à fournir les prestations en échange desquelles elle pourrait user du service, conformément à sa loi organique, et qui ne peut l'utiliser

(1) Par conséquent en cas d'accident le voyageur doit prouver la faute de la compagnie. Cette dernière n'est plus présumée en faute comme au cas de responsabilité contractuelle.

(2) Arrêt *Donat*, Cass., civ., 5 février 1905, *D.* 13. 1. 249. Dans ce dernier cas la victime était un postier-ambulant en service. Comment voir un contrat entre cet agent des P. T. T. et la compagnie du P.-O. ? Il s'agissait à notre avis non de responsabilité contractuelle en cette espèce, mais de responsabilité délictuelle. Sur la question de la situation juridique des personnes transportées pour les besoins d'un service public, cf. Roger, *Manuel juridique des transports*.

(3) Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1911. *Zbidi-Hamida ben Mahmoud*. *D.* 1913. 1. 249.

(4) Arrêt *Mestellan*. Cass., civ., 27 janvier 1913. *D.* 13. 1. 249.

(5) Tandis que la Cour de cassation voyait au cas d'accidents aux personnes transportées un cas de responsabilité délictuelle, certaines Cours d'appel avaient continué à y voir un cas de responsabilité contractuelle. Dans le sens de la responsabilité contractuelle citons un arrêt de la Cour d'appel du 19 juin 1912. (*D.* 13. 1. p. 252. 1^{re} colonne, *note a*) qui reconnaît la responsabilité de la Compagnie du Midi envers un voyageur blessé au cours d'un tamponnement survenu à Arbanats (Gironde) le 23 décembre 1910.

(6) Sur la question de l'existence de responsabilité délictuelle ou contractuelle en raison du transport, cf. J. Bonnecase, *Supplément au Traité de droit civil par Baudry-Lacantinerie*, t. 2, p. 575.

à son gré, par suite d'un acte du concessionnaire ou de ses agents. Quelqu'un, par exemple, a l'intention de s'abonner au gaz ou à l'électricité aux conditions prévues par le cahier des charges et se heurte à un refus du concessionnaire. Ou bien un employé de chemin de fer refuse un billet à un voyageur faute de place ou pour la raison que le train est supprimé; le voyageur qui subit un préjudice en raison de son voyage manqué ou l'individu qui est lésé à la suite du refus opposé par le concessionnaire de l'éclairage sont fondés à invoquer la violation d'une clause du cahier des charges de la concession et, si la compagnie ne peut se prévaloir d'un cas de force majeure, elle devra au voyageur des dommages-intérêts.

Supposons enfin qu'un commerçant ou un industriel subisse un dommage à la suite du refus opposé par la compagnie d'accepter ses marchandises, il pourra s'autoriser du cahier des charges pour demander réparation du préjudice. Dans une espèce semblable, le Tribunal civil de Béthune, jugeant commercialement, s'est prononcé en ce sens par un jugement du 24 janvier 1901 ⁽¹⁾, qui fut confirmé par la Cour de Douai le

(1) Tribunal de Béthune : « Attendu que le chemin de fer d'intérêt local de Lens à Frévent a été déclaré d'utilité publique par la loi du 8 août 1890; que par convention en date du 15 février 1890, passée avec M. le préfet du Pas-de-Calais, agissant, au nom et pour le compte du département, la Société des chemins de fer économiques du Nord, s'est engagée à exécuter et à exploiter ce chemin de fer; qu'il fût dressé un cahier des charges annexé à ladite convention, aux termes duquel ladite Compagnie s'est engagée à remplir les obligations qui y étaient insérées, qu'il fût stipulé dans l'article 49 dudit cahier des charges que le concessionnaire serait tenu d'effectuer constamment avec soin, exactitude et célérité, et sans tour de faveur, le transport des voyageurs, bestiaux, denrées, marchandises et objets quelconques qui lui seraient confiés; que cette clause, sainement interprétée, signifie que les compagnies de chemins de fer, quelles qu'elles soient, étant investies d'un monopole, doivent strictement se mettre en mesure de satisfaire à tous les besoins généralement quelconques du commerce et de l'industrie, et qu'à l'accroissement régulier de ces besoins doit correspondre pour elles une augmentation de matériel et de personnel;

» Attendu que la Société des chemins de fer économiques du Nord n'a point pris toutes les dispositions nécessaires pour faire face au mouvement normal de la production de betteraves et du commerce de la région qu'elle s'est engagée à desservir; qu'elle ne s'est pas appliquée à compléter et augmenter son matériel roulant; qu'elle ne l'a pas mis en rapport avec le développement progressif de la production agricole, commerciale et indus-

13 juin 1901. Le pourvoi formé contre ce dernier arrêt fut rejeté par la Cour de cassation. (Cass., Req., 6 juillet 1904.) (1).

*b) CAS D'UN TIERS VICTIME D'UN PRÉJUDICE RÉSULTANT
DE LA VIOLATION D'UNE CLAUSE RÉGLEMENTAIRE DE LA CONCESSION.*

C'est aussi le cas du propriétaire d'un immeuble endommagé à la suite du déraillement d'un train ou d'une voiture de tramways, survenu dans une courbe au bas d'une descente. Il pourra soutenir, pour réclamer une réparation, que le concessionnaire a violé le cahier des charges, en n'adoptant pas le système de freins imposé par ce dernier, ou parce que son préposé a excédé la vitesse prévue. Le propriétaire riverain d'une voie ferrée, victime d'un incendie provoqué par des étincelles échappées d'une locomotive, soutiendra avec raison qu'il y a faute du concessionnaire dans le fait de n'avoir pas muni les cheminées de ses machines de grilles pare-étincelles, conformément à une disposition de son cahier des charges.

De même un passant blessé par une voiture qui s'est dételée d'un train à la montée d'une rampe pourrait invoquer la violation d'une clause du cahier des charges prescrivant l'emploi

trielle de ce pays de Saint-Pol, qui était en droit de compter sur sa vigilance; que la ligne de Lens à Frévent n'a pas été desservie par un nombre de wagons proportionné à son trafic; que vainement la Société des chemins de fer économiques du Nord excipe qu'elle n'était tenue que de faire circuler trois trains par jour dans chaque sens entre Frévent et Lens; qu'il appert du cahier des charges que ce chiffre était un minimum; qu'il est hors de doute qu'elle avait l'obligation, comme tout voiturier d'ailleurs, de faire organiser des trains supplémentaires pour écouler son trafic lorsque les besoins l'exigeaient; qu'il est en outre justifié que les machines de la Compagnie des chemins de fer économiques du Nord étaient en nombre insuffisant, que la plupart d'entre elles étaient fatiguées, susceptibles de grosses réparations et incapables de faire le service régulier auquel elles étaient assujetties. Que l'on peut donc dire avec raison que la Compagnie des chemins de fer économiques du Nord n'a pas fait tout ce qu'elle a pu dans la limite de ses obligations, et qu'on peut lui reprocher à bon droit du mauvais vouloir, de la négligence, une faute enfin de nature à engager sa responsabilité.

» Par ces motifs, condamne la Compagnie des chemins de fer économiques du Nord à payer au sieur Arthur Caron la somme de 119.222 francs pour les causes dont il s'agit. » (24 janvier 1901.)

(1) Ces trois espèces rapportées dans *D.* 1906. 1. 346.

de tel système d'attelage (par exemple, l'adjonction de chaînes de sûreté destinées à éviter des accidents de ce genre).

Nous avons à faire deux remarques :

1^{re} remarque. — Très souvent, les mesures de sécurité analogues à celles citées plus haut sont prescrites par des règlements : décrets, arrêtés municipaux ou préfectoraux (notamment en ce qui concerne les chemins de fer, par le décret du 11 novembre 1917); mais il arrive souvent que de telles dispositions figurent uniquement dans le cahier des charges d'une concession.

2^e remarque. — Dans les cas envisagés, la victime soutient que l'accident s'est produit à l'occasion de *l'exploitation d'un service public*, hypothèse qu'il convient de bien distinguer (ce n'est pas toujours facile en pratique) de celle où le dommage résulte de *l'exécution d'un travail public*.

Si un passant est blessé par une voiture de tramways dérailée dans une courbe, on peut se demander si l'accident résulte d'un *fait d'exploitation* (excès de vitesse; mauvais fonctionnement des freins) ou de *l'exécution d'un travail public* (courbe de trop faible rayon; mauvais entretien de la voie). La distinction a de l'intérêt au point de vue de la compétence : Dans le premier cas, les tribunaux judiciaires sont compétents; dans le second, ce sont les tribunaux administratifs (le conseil de préfecture en premier ressort, le Conseil d'Etat en appel).

INTERPRÉTATION DES CLAUSES D'UN CAHIER DES CHARGES. — La victime d'un dommage qui invoque la violation d'une clause réglementaire d'une concession de service public pour obtenir une réparation s'adressera (hors le cas signalé plus haut où le dommage résulterait de l'exécution d'un travail public) aux tribunaux judiciaires ('). Leur compétence en la matière est admise par une jurisprudence constante, approuvée par l'ensemble de la doctrine. On ne saurait invoquer en sens contraire le principe dit de là « séparation des pouvoirs » et sou-

(¹) Cf. in Edmond Thaller, *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, « Les Transports », par Louis Josserand, Paris, 1910, p. 251, n° 270.

tenir que le caractère administratif de l'acte de concession ou du cahier des charges entraîne en ce cas la compétence administrative. Les dispositions d'une concession de service public visant l'organisation et le fonctionnement du service sont des lois au sens matériel; or, les tribunaux judiciaires ont précisément pour mission d'appliquer les lois et les règlements. Mais pourront-ils interpréter les clauses litigieuses d'un cahier des charges ? ou bien devront-ils attendre pour statuer que leur sens ait été dégagé par l'autorité administrative ? Une jurisprudence constante leur reconnaît ce pouvoir en matière de tarifs de chemins de fer, sans faire de distinction entre les tarifs du cahier des charges et les tarifs homologués ⁽¹⁾; pourquoi ne l'auraient-ils pas vis-à-vis des autres stipulations réglementaires d'un cahier des charges ? Le Conseil d'Etat donne des solutions dans le même sens ⁽²⁾, mais il base ces décisions, non sur le caractère légal ou réglementaire des tarifs, mais sur leur assimilation à des contributions indirectes dont le contentieux appartient aux tribunaux judiciaires, en vertu des lois du 7-11 septembre 1790 et du 5 ventôse an XII. Mais si l'on admet, comme nous, la nature réglementaire des dispositions organiques du service, il est parfaitement inutile d'invoquer, avec le Conseil d'Etat et certains auteurs, parmi lesquels Laferrière, cet argument d'analogie.

(1) Cass., civ., 31 décembre 1866 : « Attendu que l'ordonnance du 15 novembre 1846 et le cahier des charges imposé aux compagnies du (sic) chemin de fer sont des actes législatifs dont l'interprétation et l'application, à l'égard des tiers, appartiennent aux tribunaux judiciaires; Qu'il en est de même des tarifs dressés en exécution de ces dispositions, et qui, comme elles, deviennent la loi du public et des compagnies; Qu'en conséquence, les tribunaux chargés d'appliquer ces tarifs ont le droit et le devoir d'examiner s'ils ont été faits, publiés et homologués conformément aux dispositions. » *D.* 1867. I. 56.)

(2) Cass., civ., 24 mars 1914 (*D.* 1916. I. 147).

Conseil d'Etat, 12 avril 1886, *Rec.*, p. 381.

Conseil d'Etat, 17 janvier 1867, *Rec.*, p. 87.

Conseil d'Etat, 15 février 1884 (Jurie et Courtet contre Compagnie des tramways de Bordeaux.) *S.* 85. 3. 78. Cet arrêt déclare que : « le jugement des contestations relatives soit à l'application et à la perception, soit à l'interprétation des tarifs autorisés pour le transport des voyageurs dans les tramways, a lieu comme en matière de contributions indirectes. »

CHAPITRE VII

Recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Les clauses réglementaires d'une concession de service public ayant le caractère de loi au sens matériel, le recours pour excès de pouvoir doit être déclaré recevable pour critiquer tout acte objectif de l'administration fait en violation de ces dispositions. La jurisprudence fait, depuis assez longtemps déjà (plus ou moins consciemment d'ailleurs), application de ce principe. Signalons seulement trois arrêts bien connus du Conseil d'Etat : l'arrêt Storch du 3 février 1905, *Rec.* p. 116; l'arrêt Croix-de-Seguey-Tivoli du 21 décembre 1906, *Rec.*, p. 961; l'arrêt Poirier du 15 novembre 1907, *Rec.*, p. 826. Vu leur importance, ces arrêts méritent d'être examinés chacun en particulier.

ARRÊT STORCH. — Par cette décision, le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par un commerçant et propriétaire riverain d'une voie publique parcourue par un tramway, contre un arrêté préfectoral, qui, au dire du requérant, aurait violé une disposition relative à l'organisation du service figurant au cahier des charges de la compagnie.

Voici dans quelles circonstances fut rendu cet arrêt : A la suite de réclamations formulées au cours de l'enquête sur le projet d'établissement d'une voie ferrée, rue Réaumur et rue du 4-Septembre, à Paris, une clause du cahier des charges du tramway de Noisy-le-Sec à la place de l'Opéra avait prohibé

formellement l'emploi d'une prise de courant aérienne (système du trolley). La traction fut assurée au moyen du système de contact superficiel Dialto. En 1902, lors de la construction du souterrain de la ligne n° 3 du Métropolitain sous la rue du 4-Septembre et la rue Réaumur, il se produisit des affaissements de terrain de nature à rendre le mode de traction adopté dangereux pour le public. Le préfet de la Seine (sous le contrôle et la surveillance duquel était placé le service d'exploitation des tramways, en vertu de la loi du 11 juin 1880), accueillit favorablement une demande du concessionnaire (*La Compagnie de l'Est-Parisien*) tendant à la substitution provisoire, pendant la durée des travaux du Métro, de la traction par trolley au système à plots. L'arrêté préfectoral autorisant l'établissement d'une ligne aérienne de contact mécontenta les habitants du quartier. Ceux-ci, réunis en un « *Syndicat des négociants, habitants et propriétaires de la rue Réaumur et des rues adjacentes* », formèrent, par l'organe de leur président, un recours au Conseil d'Etat, en vue d'obtenir l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté préfectoral autorisant la traction par trolley, comme contraire à la disposition du cahier des charges prohibant dans l'intérieur de Paris l'emploi de conducteurs aériens.

Un pareil recours était-il recevable ? Si l'on admet la théorie de la concession acte uniquement contractuel, évidemment non ; les habitants du quartier de la rue Réaumur n'ayant pas été partie au contrat ne pouvaient en aucune façon se prévaloir de ses clauses. D'ailleurs, le recours pour excès de pouvoir ne saurait être fondé sur la violation d'un contrat (acte subjectif). Si l'on distingue, au contraire, dans la concession les clauses réglementaires et les clauses contractuelles, on doit admettre la possibilité de former le recours pour excès de pouvoir contre un acte objectif de l'administration qui constitue la violation d'une disposition organique du service.

Cette seconde solution fut acceptée (au moins implicitement) par le Conseil d'Etat qui admit la recevabilité du recours. Remarquons d'ailleurs en passant que le Conseil ne s'occupa

point de savoir si le sieur Storch avait qualité pour agir en justice au nom et comme président du « Syndicat », il se contenta de considérer que le requérant avait, en tant que commerçant et propriétaire d'un immeuble situé en bordure de la rue Réaumur, un intérêt direct et personnel à demander l'annulation de l'acte attaqué.

Ajoutons que le recours fut déclaré mal fondé. Le Conseil estima, en effet, que l'arrêté préfectoral, constituant seulement une mesure provisoire, prise en vue d'assurer l'exploitation tout en sauvegardant la sécurité publique, pendant la durée de la construction du Métropolitain, avait été édictée par le préfet dans les limites de ses pouvoirs, sans avoir pour conséquence « de modifier la disposition impérative du cahier des charges qui, dans l'intérieur de Paris, prohibe l'emploi des conducteurs aériens. » Mais dans cette question ce n'est pas cet aspect qui nous intéresse. Nous voulions seulement montrer que le Conseil d'Etat avait admis la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté préfectoral prétendu contraire aux clauses réglementaires d'une concession de service public.

ARRÊT CROIX-DE-SEGUEY-TIVOLI. — C'est dans une espèce analogue que le Conseil d'Etat rendit, sur les conclusions de M. Romieu, l'arrêt du 21 décembre 1906 : « *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli à Bordeaux* ». Avant 1901, le réseau des tramways de Bordeaux, concédé par la ville à une société, comprenait, entre autres, une ligne n° 5, place Richelieu-Tivoli. Aux boulevards, les voitures tournaient à droite pour se rendre au dépôt de Tivoli en empruntant les rails de la ligne Midi-Chartrons. Or, en 1901, une convention et un décret nouveau substituèrent la traction électrique à la traction animale et effectuèrent un remaniement des réseaux. En novembre 1903, la Compagnie des Tramways Electriques et Omnibus de Bordeaux annonça une modification de service qu'elle prétendait résulter de la mise en exploitation du nouvel embranchement de l'avenue

Carnot (¹). Les voitures qui effectuaient précédemment le parcours Richelieu-Tivoli assureraient désormais le trajet Richelieu-Parc Bordelais, c'est-à-dire, au lieu de prendre le boulevard du Bouscat, se dirigeraient désormais vers la gauche en suivant le boulevard de Caudéran pour aller rejoindre l'avenue Carnot. L'adoption de ce nouvel itinéraire priva les habitants du quartier de Tivoli d'un service direct pour se rendre au centre de la ville. Ils disposaient bien des tramways des boulevards pour aller rejoindre la ligne n° 5; mais, outre les inconvénients d'un changement de voiture, ils devraient payer le prix de deux parcours au lieu d'un. Des protestations s'élevèrent donc, et l'Association des « propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli » adressa une réclamation au préfet de la Gironde, fondée sur la violation par la Compagnie de son cahier des charges et demandant au préfet d'user des pouvoirs qu'il tenait de la loi du 11 juin 1880, articles 21 et 39, pour obliger ladite Compagnie à reprendre l'exploitation du tronçon Croix-de-Seguey-Tivoli. Le préfet, estimant que, depuis le remaniement du réseau en 1901, la Compagnie n'était plus tenue d'assurer l'ancien service direct vers Tivoli, déclara, par décision en date du 16 novembre 1904, qu'il ne pouvait donner suite à la réclamation. L'Association des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli, dont le président était M. Duguit, l'éminent professeur de la Faculté de Droit de Bordeaux, déféra au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir cet arrêté préfectoral comme pris en violation des clauses réglementaires du cahier des charges des tramways de Bordeaux. Le Conseil admit la recevabilité du recours.

On le voit, cette espèce rappelle beaucoup celle de l'arrêt Storch. Notons cependant une différence sans importance d'ailleurs pour la question étudiée par notre thèse. Dans l'affaire Croix-de-Seguey-Tivoli, l'arrêté du préfet critiqué est

(¹) Cette branche avait été déclarée d'utilité publique par un décret du 5 octobre 1903.

une décision de refus, un acte négatif, tandis que dans l'affaire Storch l'arrêté préfectoral était, au contraire, un acte positif.

Remarquons encore que dans l'arrêt *Croix-de-Seguey-Tivoli*, le Conseil a pris soin de déclarer que l'Association des habitants du quartier de Tivoli avait bien qualité pour ester en justice et, par conséquent, pour former le recours, tandis que dans l'arrêt Storch, il n'avait pas dit si, oui ou non, il estimait que le « Syndicat des négociants, habitants et propriétaires de la rue Réaumur et des rues adjacentes » était recevable, en tant qu'association, à attaquer la décision du préfet de la Seine, se contentant de considérer que le président, pris individuellement, avait intérêt, en tant que commerçant et propriétaire riverain, à former le recours.

Notons que l'Association Croix-de-Seguey-Tivoli ne fut pas plus heureuse que celle de la rue Réaumur; elle échoua au fond également. « En l'absence, dit l'arrêt du 21 décembre 1906, d'une décision rendue par la juridiction compétente ⁽¹⁾ et donnant au contrat de concession une interprétation différente de celle admise par le préfet, le Syndicat n'est pas fondé à soutenir que le refus qui lui a été opposé par le préfet, dans les termes où il a été motivé, est entaché d'excès de pouvoir. » Le Conseil, en effet, suivant M. Romieu dans ses conclusions, estima que le juge de l'excès de pouvoir ne pouvait interpréter les clauses du « contrat »; qu'il pourrait sans doute prononcer l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte manifestement contraire au texte du cahier des charges, car il y aurait alors, selon une expression usitée au début de la formation de la théorie du recours pour excès de pouvoir : « *excès de pouvoir flagrant* »; mais que, au contraire, s'il y a une discussion sur le sens du contrat, il n'y a plus « acte clair » et une question préjudicielle doit être résolue par le juge du contrat.

Nous ne voyons pas pourquoi le Conseil d'Etat ne pourrait interpréter les clauses réglementaires d'une concession de service public. Puisqu'il est admis que les tribunaux judiciai-

(1) C'est-à-dire le Conseil de préfecture,

res sont compétents pour interpréter, sans violer le principe dit de la « séparation des pouvoirs », certaines dispositions d'un cahier des charges (les tarifs de chemins de fer); pourquoi la plus haute juridiction administrative n'aurait-elle pas ce pouvoir ?

La théorie du Conseil d'Etat a des inconvénients pratiques; le plus souvent, un recours sera formé contre la décision du Conseil de préfecture et le Conseil d'Etat aura à trancher la question en appel; il est regrettable qu'il ne puisse l'aborder directement. D'ailleurs comme, d'habitude, il y aura discussion au sujet du sens de la clause réglementaire sur la violation de laquelle est fondé le recours pour excès de pouvoir, on arriverait à cette contradiction, que le Conseil admettrait la recevabilité du recours et se déclarerait ensuite incompétent pour le juger au fond. (Cf. Duguit, *Revue de droit public*, 1907, p. 411.)

ARRÊT POIRIER. — Signalons enfin l'arrêt Poirier du 15 novembre 1907, rendu sur les conclusions de M. Teissier. (*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, p. 826.) Un officier d'administration attaque, comme contraire au cahier des charges des grandes compagnies de chemins de fer (1), une décision du ministre de la Guerre disposant que : « les officiers en congé de trois ans perdent leur droit au tarif réduit sur les voies ferrées ». Le Conseil admit la recevabilité du recours.

De tels exemples ne sont-ils pas une confirmation expressive de notre théorie, à savoir : les dispositions organiques d'un service public ont le caractère réglementaire, même lorsqu'elles figurent dans un cahier des charges ou dans une convention.

QUESTION DE L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ. — Puisque tout intéressé a qualité pour attaquer par le recours pour excès de pouvoir les actes objectifs de l'administration contraires aux dis-

(1) Article 54 du cahier des charges modèle.

positions organiques du service, inversement *l'exception d'illégalité* fondée sur la violation de clauses de la concession ayant le caractère de loi au sens matériel serait, selon nous, opposable à tout règlement, devant n'importe quelle juridiction administrative ou judiciaire. Ici, comme en toute autre hypothèse, le tribunal saisi devrait écarter l'application du règlement considéré par lui comme illégal. Il agirait alors en conformité avec le principe résultant de l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence à l'article 471, § 15, du Code pénal.

Nous croyons voir une conséquence dudit principe dans les décisions par lesquelles la Cour de cassation se reconnaît compétente pour apprécier la légalité des tarifs homologués et pour écarter leur application, si elle estime qu'ils n'ont pas été faits, publiés et homologués conformément aux dispositions *du cahier des charges* et de l'ordonnance de 1846 ⁽¹⁾.

(1) Cass., civ., 31 décembre 1866, *D.* 67. I. 56.

Cass., civ., 30 mars 1863, *D.* 63. I. 178.

Cass., civ., 11 décembre 1906, *D.* 1909. I. 126 : « Mais attendu qu'il appartient aux tribunaux, chargés d'appliquer les tarifs, d'examiner s'ils ont été faits, publiés et homologués conformément aux *dispositions du cahier des charges* et des articles 44 et 49 de l'ordonnance du 15 novembre 1846 reproduits par le décret du 1^{er} mars 1901. »

CHAPITRE VIII

Modifications aux clauses réglementaires.

§ 1. — *Modifications par un règlement.*

Puisque les clauses des concessions organisant le service ont le caractère de loi au sens matériel, il va sans dire que l'autorité compétente aura le pouvoir et même le devoir de les modifier à tout instant, si le bon fonctionnement du service et l'intérêt général viennent à l'exiger. Cela se conçoit : les concessions sont accordées pour une période souvent très longue : vingt-cinq, cinquante et même quatre-vingt-dix-neuf ans, de manière à permettre au concessionnaire d'amortir ses frais de premier établissement; pendant ce temps, la science et la technique font des progrès... En pratique, il serait infiniment regrettable que les gouvernants n'aient point le pouvoir de faire profiter le public des inventions nouvelles. Sans doute, l'intérêt du concessionnaire et celui des usagers concorderont assez souvent; le concessionnaire aura dans certains cas avantage à apporter au service telle amélioration désirée par le public. Il en résultera une augmentation dans la clientèle et un surcroît de bénéfices. L'adoption d'un procédé plus perfectionné aura quelquefois pour le concessionnaire le mérite de diminuer les frais d'exploitation, tout en favorisant les usagers. On peut imaginer par exemple une compagnie de tramways qui trouverait son profit à multiplier le nombre des convois pour attirer les voyageurs; ou bien à substituer la traction électrique à un autre système plus onéreux (vapeur ou air comprimé). Mais un désaccord reste possible entre l'intérêt du concessionnaire et celui des usagers. Le public souhaite-t-il

des trains supplémentaires à certaines heures ? Le concessionnaire aura peut-être avantage au contraire à mettre en circulation un nombre moindre de voitures à pleine charge ou même surchargées que des convois plus fréquents en partie vides. Les usagers réclament-ils plus de confort dans les voitures ? Le concessionnaire pourra avoir de bonnes raisons financières d'utiliser le vieux matériel jusqu'à épuisement. Il n'est donc pas possible de laisser le concessionnaire seul juge des besoins du public; il est nécessaire de reconnaître aux gouvernants le pouvoir d'imposer, dans l'intérêt général, toute amélioration au service. On se représente mal une ville qui, esclave d'un engagement avec une compagnie du gaz, ne procurerait à ses habitants les bienfaits de l'électricité que vingt ou trente ans après que les villages voisins l'ont déjà obtenue. On nous objecte : Dans la circonstance, les gouvernants ne sont-ils pas liés par un contrat ?

A notre avis, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, on fait ici une confusion. Pour qui va au fond des choses, en effet, il ne s'agit nullement ici de clauses contractuelles, mais, au contraire, de dispositions réglementaires constituant la loi organique du service.

De tels principes sont, depuis assez longtemps déjà, appliqués par la jurisprudence, qui reconnaît la légalité de toutes les modifications apportées aux clauses réglementaires d'une concession, en vue du bon fonctionnement du service et de son adaptation aux besoins d'intérêt général, ainsi qu'en témoignent plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, notamment l'arrêt du 4 août 1905 (*Compagnie des chemins de fer de Bône-Guelma et prolongements*, *Rec.*, p. 770); l'arrêt célèbre du 6 décembre 1907 (*Compagnies du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Ouest*, *Rec.*, p. 913, *Sirey*, 1908. III, 1) avec les conclusions du commissaire du gouvernement M. Tardieu; les dix arrêts du 4 février 1910 (*Compagnie du Chemin de fer métropolitain de Paris*, *Rec.*, 1910, p. 97 et s.); l'arrêt du 11 mars 1910 (*tramways de Marseille*, *Rec.*, p. 216), rapporté dans la *Gazette des tribunaux*, 9 et 10 mai 1910.

ARRÊT BÔNE-GUELMA. — Dans la première espèce signalée, la Compagnie du chemin de fer de Bône-Guelma attaquait pour excès de pouvoir une décision du gouverneur général de l'Algérie, en date du 20 avril 1901, portant que seraient mis en vigueur, à partir du 1^{er} juillet suivant, trois arrêtés du ministre des Travaux publics, les deux premiers du 4 novembre et le dernier du 23 novembre 1899, qui avaient pour objet de régler la durée du travail et du repos des mécaniciens et chauffeurs, des agents des trains, employés des gares, stations et haltes. Elle critiquait aussi « ensemble et en tant que de besoin lesdits arrêtés ». La Compagnie soutenait que le gouverneur général de l'Algérie n'avait pas compétence en cette matière parce que, d'après elle, ces mesures ne semblaient pas motivées par la sécurité de l'exploitation; elle soutenait en outre que la décision critiquée dudit gouverneur constituait une violation des conventions intervenues entre elle et l'Etat. Son recours fut rejeté. Le Conseil d'Etat admit la légalité de l'intervention administrative. Il ajouta seulement qu'en cas de dommage occasionné à la Compagnie par les modifications au service, celle-ci aurait un recours en indemnité devant le juge du contrat, c'est-à-dire le Conseil de préfecture.

ARRÊT DU 6 DÉCEMBRE 1907 DIT « DES GRANDES COMPAGNIES ». — Dans cette espèce, les grandes compagnies de chemins de fer d'intérêt général du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Ouest attaquaient, par le recours pour excès de pouvoir, le décret portant règlement d'administration publique du 1^{er} mars 1901, modifiant l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police, la sûreté et l'exploitation des chemins de fer. Les compagnies soutenaient que leurs concessions ayant été passées sous l'empire des lois du 11 juin 1842, du 15 juillet 1845 et de l'ordonnance du 15 novembre 1846, dispositions ayant formé la base des engagements souscrits par elles, le gouvernement n'aurait pu porter atteinte à l'ordonnance de 1846, sans un accord préalable avec elles. Elles estimaient même que toute prescription qui constituerait une violation du cahier

des charges serait entachée d'excès de pouvoir. Elles prétendaient que le gouvernement, en modifiant les obligations résultant de leur cahier des charges, sous prétexte d'user de ses pouvoirs de police, aurait commis un détournement de pouvoir ⁽¹⁾. Les griefs des compagnies portaient spécialement sur les articles 2, 6, 7, 12, 15, 24, 43, 65 et 68 du décret en question. L'article 6 rendait obligatoire l'éclairage des tunnels; l'article 15 étendait les pouvoirs du ministre en ce qui concerne le bon état du matériel d'exploitation et au point de vue des mesures relatives à la sécurité et à l'hygiène publique. Le paragraphe 3 dudit article permettait notamment au ministre de faire retirer de la circulation et exclure d'un train déterminé les locomotives, tenders, voitures n'offrant plus les conditions de sécurité désirables. L'article 68 conférait au ministre la possibilité d'édicter, la compagnie entendue, les dispositions qu'il jugerait nécessaires à la sécurité de l'exploitation, concernant le travail des agents; l'article 12, celle de fixer les dimensions minima des places dans les voitures. Les compagnies redoutaient un supplément de frais de traction pour le cas où le ministre, usant de cette dernière prérogative, viendrait à restreindre le nombre des places disponibles dans cha-

(1) Les compagnies fondaient en outre leur recours sur un autre moyen.

Selon elles, le décret du 1^{er} mars 1901 était illégal parce que l'ordonnance de 1846 avait épuisé la *délégation* donnée par le législateur au gouvernement, et que, par suite, pour modifier les dispositions de cette ordonnance, il aurait fallu une autre délégation résultant d'une loi nouvelle. A cela nous répondons que l'expression «délégation du pouvoir législatif» est une locution vicieuse. Le chef de l'Etat n'a pas plus de pouvoir en matière de règlements d'administration publique qu'en édictant un décret ordinaire. Ainsi que l'a montré M. Tardieu, si le Parlement se décharge sur le gouvernement du soin de prévoir les détails d'application d'une loi, c'est afin de rendre plus faciles, par la suite, les changements dont les «enseignements de l'expérience démontreraient la nécessité». En pratique le gouvernement abroge, modifie les règlements d'administration publique, chaque fois qu'il le juge utile, sans nouvelle intervention du législateur. Aucune décision de jurisprudence ne permet de douter de la légalité de ce procédé. D'ailleurs, dans l'espèce qui nous occupe, la loi du 11 juin 1842 avait prévu non pas un *mais des* règlements d'administration publique. Il est vraisemblable qu'en 1846, le législateur n'a pas entendu fixer *ne varietur* la réglementation d'un service aussi nouveau, aussi susceptible de perfectionnement que celui des chemins de fer.

que wagon. L'article 24 prescrivait dans son second paragraphe le chauffage des voitures pendant la saison froide (obligation non prévue au cahier des charges); le même article, dans son paragraphe 63, prévoyait leur éclairage intérieur. L'article 7 permettait au ministre de déterminer les conditions auxquelles le matériel étranger à la compagnie exploitante pourrait être admis à circuler sur le réseau de cette dernière. D'après l'article 43 de l'ordonnance du 15 novembre 1846, quinze jours avant la mise à exécution des ordres de service, les compagnies avaient l'obligation de les communiquer au ministre, qui, dans cette période seulement, pouvait y apporter des changements. Le nouvel article 43 donnait au ministre le droit de fixer le délai dans lequel cette communication devrait être faite. Son approbation ne serait d'ailleurs pas considérée comme définitive : il lui serait loisible, à n'importe quelle époque, d'imposer aux compagnies un horaire nouveau, ou un accroissement du nombre des trains, si la sûreté de l'exploitation ou les besoins du public l'exigeaient. L'article 2 visait le bon entretien de la voie. Enfin, l'article 65 donnait au ministre le pouvoir de mettre les compagnies en demeure de prendre telle ou telle mesure, afin de remédier à une insuffisance de personnel, de matériel ou à une défectuosité d'installation des gares, de nature à compromettre la bonne marche du service; il lui permettait aussi de statuer directement, dans le cas où la compagnie ne lui aurait pas présenté, dans le délai prévu par la mise en demeure, des propositions ou des projets suffisants.

Le recours des compagnies contre le décret du 1^{er} mars 1901 fut déclaré recevable. Une fin de non-recevoir opposée par le ministre des Travaux publics et tirée du prétendu caractère législatif du règlement d'administration publique fut écartée conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement, M. Tardieu. Mais le Conseil estima ledit recours mal fondé, il reconnaissait par là la légalité de l'intervention des gouvernants pour prescrire, à n'importe quel moment, toutes modifications indispensables au bon fonction-

nement d'un service concédé. Mais il ne fut pas reconnu fondé.

«... Sur le moyen », dit l'arrêt en question, « tiré de ce que les dispositions de l'ordonnance du 15 novembre 1846 ayant servi de base au contrat intervenu entre l'Etat et les compagnies, ne pouvaient pas être modifiées par l'Etat sans entente préalable avec ces dernières;

» Considérant que les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat en matière de chemins de fer, bien que rappelés expressément par l'article 33 du cahier des charges, dérivent des lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845, et non du contrat de concession, lequel ne saurait faire obstacle à leur exercice; qu'ainsi, en édictant le décret du 1^{er} mars 1901, le gouvernement a usé d'un droit qui lui appartenait;

» Considérant que les pouvoirs conférés au gouvernement par les lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 impliquent en conséquence pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité de la circulation, mais encore de prescrire à toute époque les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt public, la marche normale du service; que l'article 43 du décret du 1^{er} mars 1901 n'a fait au surplus que préciser à cet égard les droits que le même article 43 de l'ordonnance du 15 novembre 1846 avait attribués au ministre des Travaux publics; qu'ainsi ces prescriptions rentraient dans les mesures qu'il appartenait au chef de l'Etat d'édicter par application des lois précitées. »

ARRÊT DU 11 MARS 1910 « TRAMWAYS DE MARSEILLE ». —

Il convient d'examiner encore un arrêt non moins connu du Conseil d'Etat, celui des *tramways de Marseille* du 11 mars 1910. Cette décision est d'une importance capitale, car elle consacre nettement les conséquences de la nature juridique complexe de la concession de service public. Par un arrêté en date du 23 juin 1903, le préfet des Bouches-du-Rhône avait réglé le service des voitures sur les tramways de Marseille,

pour la période du 1^{er} mai au 2 novembre 1903. Là « Compagnie générale des Tramways », rétrocessionnaire du réseau concédé à la ville par l'Etat, estima que l'horaire imposé par le préfet entraînait pour elle des dépenses supplémentaires non prévues au cahier des charges, par suite de l'augmentation du nombre des trains. La Compagnie déféra au Conseil de préfecture, compétent pour statuer sur les litiges en matière de concession de voies ferrées, l'arrêté en question, lequel fut annulé.

Sur appel, la question fut soumise au Conseil d'Etat. Devant cette juridiction, deux thèses s'affrontaient : celle qui considère la concession comme un contrat et uniquement un contrat. D'après elle, le fonctionnement du service est réglé, pour tout le temps de la concession, par ce contrat, qui pourrait seulement être modifié à la suite d'un accord de volontés des parties. L'administration ne saurait en aucune façon apporter des changements à l'organisation du service telle qu'elle est prévue par le cahier des charges de la concession. C'était la thèse soutenue par la compagnie.

L'autre opinion, au contraire, établit une distinction : d'un côté, les *clauses contractuelles*, celles visant la situation particulière qui lie le concédant et le concessionnaire, qui ont surtout rapport aux conditions financières, et ne peuvent être modifiées sans l'accord des parties; de l'autre, les *clauses réglementaires* qui ne constituent pas un contrat, mais *la loi du service* et sont susceptibles d'être changées à tout instant par l'autorité compétente, si les besoins du public et le bon fonctionnement du service l'exigent; à cette thèse se ralliait le ministre des Travaux publics.

Voici comment elle a été défendue : « Les transports en commun constituent incontestablement un service public.

» Il appartient à la puissance publique d'exercer son contrôle sur le service public des transports en commun et de prescrire les mesures nécessaires pour assurer la satisfaction des besoins et des intérêts du public, *quelles que soient les stipulations du contrat*. Il lui appartient de fixer le nombre

des trains *selon les besoins du public dont l'intérêt l'emporte sur toute autre considération*. Il doit en être ainsi, surtout en matière de concessions faites pour une très longue durée et au cours desquelles la puissance publique a seule qualité pour apprécier les exigences de l'intérêt public et en assurer la satisfaction.

» L'intérêt du concessionnaire lui-même à assurer le service aussi bien qu'il est nécessaire ne constitue pas une garantie suffisante. Le droit de prononcer la déchéance ne constitue pas pour l'administration une arme dont elle puisse faire usage pour imposer des améliorations de service.

» La déchéance est une sanction trop grave pour pouvoir être facilement appliquée.

» Aucune stipulation contractuelle ne saurait faire échec à ce droit de l'administration. Les conventions financières qui lient le concédant au concessionnaire ne sont pas un obstacle à l'exercice du pouvoir supérieur de l'administration. Le droit de la puissance publique d'apprécier les besoins du public et d'en assurer la satisfaction est de l'essence du contrat de concession. L'autorité concédante ne saurait se dessaisir de ce droit en faveur du concessionnaire. Ainsi, la prétention de la Compagnie que les pouvoirs de contrôle et de direction du préfet n'existeraient qu'autant qu'ils lui seraient conférés et reconnus par le marché et le cahier des charges ne saurait être accueillie. Ce n'est pas à dire toutefois que la Compagnie soit livrée à la discrétion du préfet. Comme tout concessionnaire qui se voit imposer des sujétions onéreuses et non prévues au marché, la Compagnie peut réclamer au juge des contestations soulevées par le concessionnaire (C. de préfecture), soit une indemnité, soit même, si l'économie du contrat est bouleversée, la résiliation du contrat.

» Etant admis que la puissance publique a qualité pour modifier le service, sans se préoccuper des stipulations du marché, à quel agent administratif appartenait-il de faire la modification ? Le préfet des Bouches-du-Rhône était compétent. Le décret du 6 août 1881, pour l'exécution de l'article 38

de la loi du 11 juin 1880, concernant l'établissement et l'exploitation de voies ferrées sur le sol des voies publiques, décide dans son article 33, § 1 : « Le préfet détermine, sur la proposition du concessionnaire... le *tableau du service des trains*. » Il appartenait donc au préfet de fixer le nombre des trains selon les besoins du public. »

Le commissaire du gouvernement, M. Blum, se prononça en faveur de cette dernière thèse. Son point de vue fut adopté par le Conseil, qui reconnut au préfet le pouvoir de modifier, dans l'intérêt public, les dispositions des concessions ayant pour objet l'organisation du service et annula l'arrêté du Conseil de préfecture des Bouches-du-Rhône du 15 février 1904.

Mais, comme nous le verrons plus loin, le Conseil fait observer que, dans le cas où lesdits changements entraîneraient pour la Compagnie une aggravation de charges, elle serait fondée à formuler une demande d'indemnité (1) en réparation du dommage par elle subi.

ARRÊTS DU 4 FÉVRIER 1910. « MÉTROPOLITAIN DE PARIS ». — Signalons enfin, parmi les décisions qui consacrent la nouvelle jurisprudence du Conseil d'Etat, dix arrêts en date du 4 février 1910. (*Compagnie du chemin de fer Métropolitain de Paris*.) (2). Le Conseil rejette le recours formé par la Compagnie contre dix arrêtés du préfet de police lui imposant des mesures en vue de la sécurité des voyageurs. Ces décisions avaient été prises à la suite d'un grave accident, suivi d'incendie, survenu sur une ligne souterraine du chemin de fer en question.

Elles prévoyaient l'établissement, sur certaines lignes en construction ou en exploitation, de sorties supplémentaires, destinées à l'évacuation rapide du souterrain en cas de danger (1^{re} espèce). Elles prévoyaient aussi des mesures relatives à

(1) Nous renvoyons le lecteur aux remarquables conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Blum, rapportées dans la *Gazette des Tribunaux*, 9 et 10 mai 1910.

(2) *Rec.*, p. 97 et s.

l'aménagement des stations (5^e espèce); à la disposition des couloirs d'accès (6^e espèce); à la forme du matériel roulant (2^e espèce); à l'usage de la traction électrique (2^e espèce); à la distribution et prise du courant électrique de traction; à l'éclairage de la voie, des quais et accès des stations en cas d'interruption du courant (3^e espèce), et à l'éclairage des souterrains en toute circonstance (9^e espèce).

Elles avaient encore pour objet l'organisation d'un service de secours contre l'incendie (8^e espèce) et imposaient au concessionnaire l'obligation d'assurer le service conformément à l'horaire présenté par lui (6^e espèce). Elles prescrivaient l'établissement, dans le délai d'un mois, d'un nouvel horaire comportant, aux heures les plus chargées, des départs à 4 minutes au plus d'intervalle (7^e espèce); enfin, la présentation d'un projet de sorties supplémentaires et d'une gare (10^e espèce).

§ 2. — Modifications par une loi formelle.

Si l'on reconnaît à l'autorité administrative le pouvoir de modifier, dans l'intérêt général, l'organisation du service au cours d'une concession, *a fortiori* ne saurait-on le refuser au législateur. Ainsi, la loi du 3 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau a pu, à bon droit, apporter des changements aux clauses réglementaires des concessions de chemins de fer. La mesure était certainement prise dans l'intérêt général, et le Parlement avait le pouvoir et le devoir de la voter, comme l'a expliqué d'une façon remarquable le ministre des Travaux publics, dans l'exposé des motifs du projet de loi :

« La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître qu'en concédant pour quatre-vingt-dix-neuf ans un monopole d'intérêt général, l'Etat n'a pu aliéner son droit d'intervenir pendant près d'un siècle, à l'effet d'imposer aux compagnies concessionnaires, lorsqu'elles se refusent à les réaliser de leur plein gré, toutes les améliorations que réclame l'intérêt public et dont la nécessité s'impose impérieusement

pour assurer le libre développement de la prospérité du pays.

» Si, au lieu d'exploiter lui-même un chemin de fer, l'Etat croit devoir recourir à l'intermédiaire d'un entrepreneur, les contrats qu'il passe avec cet entrepreneur (en l'espèce la convention et le cahier des charges) ne sauraient empêcher la puissance publique de prendre dans l'avenir, pour la sauvegarde des intérêts publics, toutes les mesures dont la nécessité viendrait à être reconnue par elle.

» Quant à l'entrepreneur, il doit, quelles que puissent être les stipulations de son contrat, subir l'application de ces mesures inévitables. Il le doit d'autant plus qu'il a été substitué pour un temps généralement très long à la puissance publique, dans l'exécution d'un grand service public, et que cette substitution n'a pu évidemment être consentie qu'à la condition que le service répondrait constamment à toutes les nécessités reconnues par l'administration compétente.

» L'Etat n'a pu ni stipuler, ni promettre à son concessionnaire qu'il deviendrait juge à sa place des nécessités de ce service et serait ainsi investi d'un pouvoir d'appréciation qui constitue un apanage inaliénable de la puissance publique. Or, il est inévitable que les nécessités du service varient au cours d'un siècle avec les conditions économiques du pays et les découvertes incessantes de la science. Il est donc, *a priori* et dès l'origine même de la concession, absolument certain que la puissance publique, qui n'a pu transiger sur son obligation de sauvegarder les intérêts publics, puisque cette obligation est l'une de ses principales raisons d'être, sera appelée à prendre, par la suite, pour l'accomplissement de ce devoir auquel elle ne saurait se soustraire, des dispositions nouvelles et à donner au concessionnaire des ordres qu'il était impossible de prévoir au moment du contrat. Si l'on pouvait admettre un seul instant que, par l'effet des contrats de concession, la volonté des concessionnaires put faire échec aux décisions prises par l'administration dans un but d'utilité publique, il faudrait condamner irrémissiblement le système de la concession comme contraire à l'intérêt général. » (Projet

de loi relatif au raccordement des voies de fer avec les voies d'eau, présenté au nom du gouvernement par M. Louis Barthou, ministre des Travaux publics. *J. O.*, Doc. Parl. 1908, annexe n° 1496, p. 122, et *Sirey-Lois annotées*, 1908, p. 830.) De même, le législateur n'a violé aucun principe de droit, en votant la loi du 21 juillet 1909 sur les retraites des cheminots, complétée par celle du 28 décembre 1911. Au projet de loi en question avaient été opposés notamment par M. Poincaré (¹) des objections tirées du caractère contractuel de la concession. Mais ledit projet fut voté malgré tout ce qui semble impliquer l'adhésion du Parlement à notre théorie (²).

Une autre objection se présente à l'esprit (³). Sans nul doute, dirait-on, les gouvernants peuvent remanier les dispositions réglementaires d'une concession, à condition de s'inspirer du bon fonctionnement du service et de l'intérêt général. Mais en quoi une modification au statut des cheminots donne-t-elle satisfaction aux exigences du public ? Au premier abord, elle semble indifférente aux usagers, mais pour qui regarde les choses de plus près, n'est-il pas évident que refuser aux collaborateurs d'un service public ce qui leur constitue une situation convenable, dans l'ordre moral et matériel, c'est les mettre dans le cas de mal remplir leur fonction et par le fait même de compromettre la sécurité publique ? Il semble que le législateur a répondu à cette préoccupation en fixant à cinquante ans l'âge de la retraite des mécaniciens et des chauffeurs.

§ 3. — *Recours du concessionnaire en cas de modifications illégales.*

Le concessionnaire est-il obligé de subir toutes sortes de modifications apportées au service par les gouvernants, sans autre ressource que de réclamer au concédant une indemnité proportionnée au dommage ?

(¹) Cf. *supra*, p. 44.

(²) Cf. Rolland, *R. D. P.*, 1909, p. 520.

(³) *Supra*, p. 44.

M. Blum, si nous avons bien dégagé sa pensée, a admis l'affirmative, lorsqu'il déclarait à la Chambre des députés, le 15 décembre 1924 ⁽¹⁾, à propos de la réintégration des cheminots : « Toute la jurisprudence administrative à laquelle j'ai collaboré autrefois, tend à proclamer qu'un service public même concédé, quel que soit son mode d'exploitation, ne perd jamais son caractère; que le droit de souveraineté de commandement du concédant sur le concessionnaire reste entier, reste total, et que lorsque le concédant déclare et proclame, ce qui est son droit à lui seul, que l'intérêt moral et politique du service exige la réintégration d'un certain nombre d'agents autrefois révoqués, le concessionnaire n'a qu'à s'incliner et qu'à obéir, et qu'en n'obéissant pas, il encourrait toutes les rigueurs du cahier des charges y compris la déchéance.

» Le seul droit du concessionnaire, en contre-partie, même dans la légalité actuelle, serait, s'il estimait que ces commandements de l'Etat, que ces injonctions de l'Etat modifient à son détriment l'équilibre financier de la concession, lui imposent des charges non contractuelles, de demander, dans ce cas, des dommages-intérêts aux juges administratifs, mais nullement de se rebeller contre l'ordre qu'il reçoit.

» Concédé ou non, le service des transports est un service public. Gérant lui-même ou gérant par l'entremise d'un concessionnaire, l'Etat en est le maître, et cette souveraineté ne doit jamais être abdiquée. »

A notre avis, une distinction s'impose ici. Dans les cas étudiés aux deux premiers paragraphes du présent chapitre, seul, le souci de sauvegarder l'intérêt général légitime l'intervention des gouvernants. Dès lors, ces derniers ne pourront agir qu'en vue du bon fonctionnement du service. Supposons que le principe n'ait pas été respecté; deux cas se présentent : ou bien l'acte modificatif est, en raison de son objet ou de son but, entièrement étranger au service, et alors il y aurait *usur-*

⁽¹⁾ Discussion du projet de loi, modifié par le Sénat, relatif à l'amnistie, Ch. 2^e séance du 15 décembre 1924. (*J. O. Déb. parl. Ch.*, p. 4498.)

pation de pouvoir, par suite, aucune annulation n'aurait à être prononcée, puisque nous sommes en présence d'un fait matériel, qui n'a que les apparences d'un acte juridique. Le concessionnaire pourrait même n'en pas tenir compte; et la responsabilité personnelle de l'administrateur serait, pensons-nous, engagée. A celui-ci, des dommages-intérêts seraient à bon droit réclamés devant les tribunaux judiciaires. Ou bien l'administrateur est déterminé par un but de service public, mais qui est différent de celui en vue duquel le droit lui donne compétence et nous sommes en face d'un *détournement de pouvoir*. Dans la circonstance, l'acte devra être annulé par la juridiction administrative. Il serait, selon nous, susceptible d'être attaqué pour excès de pouvoir par le concessionnaire comme par tout intéressé.

La jurisprudence, il faut le reconnaître, n'a pas encore admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, formé par un concessionnaire de service public, contre un acte fait en violation des dispositions réglementaires de son cahier des charges. Le Conseil d'Etat, en effet, considère le concessionnaire uniquement comme se trouvant dans une situation subjective vis-à-vis du concédant, et il en tire une conséquence logique : l'irrecevabilité dudit recours, ou en d'autres termes la compétence du Conseil de préfecture, juge du contrat, pour connaître de cette question de contentieux subjectif.

Quoi qu'il en soit, cette dernière juridiction ne doit pas faire application de l'acte objectif de l'administration, si elle estime qu'en raison de son objet ou de son but il est illégal. Elle pourrait même sans doute — comme le reconnaissait, dans ses conclusions pour l'affaire des tramways de Marseille, M. Léon Blum — annuler l'acte critiqué, dans le cas où l'administration aurait abusé de son pouvoir de réglementation pour acculer le concessionnaire à la déchéance et le frustrer de sa concession tout en esquivant le rachat (').

(1) « Et les pouvoirs du juge du contrat, c'est-à-dire du Conseil de préfecture, sont d'ailleurs extrêmement étendus en cette matière. Il pourra allouer une indemnité. Il pourra, si les modifications apportées au contrat en bou-

On imagine, il est vrai, une modification résultant d'une loi formelle : Nous devons ici encore affirmer que, dans le cas où le législateur a été déterminé par une raison étrangère au bon fonctionnement du service, la loi serait nulle comme contraire au Droit Supérieur. Sans doute, aucun recours n'est possible chez nous à l'heure actuelle contre une telle loi; néanmoins, nous estimons avec notre éminent maître M. Duguît, que les tribunaux devraient refuser son application. De même, le concessionnaire, comme tout intéressé, aurait qualité pour opposer à cette loi l'exception d'inconstitutionnalité. La jurisprudence, nous devons le reconnaître, est entièrement hostile à cette thèse. Cependant, de l'avis des savants professeurs Duguît, Berthélemy, Jèze, Hauriou, aucun principe ni aucun texte législatif n'y feraient obstacle (').

leversent complètement l'économie, si elles impliquent par exemple la mise en œuvre d'un capital ou d'un matériel plus important que celui dont le concessionnaire dispose, prononcer la résiliation au profit du concessionnaire. Il pourra même, — à ce que nous croyons, — si l'usage fait du droit de réglementation avait manifestement pour objet d'acculer le concessionnaire à la déchéance, de le frustrer de sa concession sans passer par la procédure du rachat; il aurait le droit, croyons-nous, dans ce cas exceptionnel, d'annuler les actes de réglementation, et ce pouvoir d'annulation serait tiré du pouvoir qui lui a toujours été reconnu en matière de concession, d'annuler une déchéance injustement prononcée.»

(¹) Cf. Duguît. *Tr. de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 3, p. 659.

CHAPITRE IX

Les clauses contractuelles.

§ 1. — *Sanction des obligations contractuelles.*

Les clauses contractuelles n'intéressent que les rapports particuliers du concédant et du concessionnaire, rapports régis par les dispositions du Code civil relatives aux contrats. Les parties ont le devoir d'exécuter strictement leurs obligations contractuelles, sauf le cas de force majeure ou celui d'*imprévision*, sous les sanctions prévues expressément par le cahier des charges. A leur défaut, la sanction normale est la résiliation du contrat ou des dommages-intérêts. La déchéance du concessionnaire, comme la résiliation à son profit, habituellement prévues par le cahier des charges ne sauraient, vu leur gravité, être d'un usage courant; aussi, le plus souvent, l'inexécution des obligations d'une des parties donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts. Le Conseil d'Etat admet aujourd'hui constamment cette possibilité. (Cf. arrêt Deplanque, 31 mai 1907, *Rec.*, p. 514.)

En cas de litige entre le concédant et le concessionnaire, en raison de leur contrat, quelle sera la juridiction compétente ? *Les tribunaux administratifs*, en vertu du principe qui tend de plus en plus à être admis par la doctrine et la jurisprudence, à savoir que la compétence administrative s'impose pour tous les différends nés à l'occasion de l'organisation ou du fonctionnement d'un service public. Pour le cas qui nous intéresse, le plus souvent, la connaissance de l'affaire appartient au *Conseil de préfecture*. Les concessions de service public sont, en effet, fréquemment accompagnées d'un marché de

travaux publics ('). Or, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII dispose : « le Conseil de préfecture prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché. »

La jurisprudence a d'ailleurs largement étendu le champ d'application de ce texte, pour attirer à la juridiction administrative certains procès à une époque où sa compétence était beaucoup plus restreinte qu'aujourd'hui. Mais en présence des concessions indépendantes de tout travail public, l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII ne saurait être invoquée. Quel sera donc le tribunal compétent ? En vertu du principe plus haut énoncé, tout procès qui suppose l'appréciation d'un acte contractuel de l'administration est de la compétence administrative; le tribunal de *droit commun* en cette matière étant le Conseil d'Etat, pas de difficulté : à défaut de texte, les procès relatifs aux rapports contractuels de l'administration et des concessionnaires de service public ressortissent au Conseil d'Etat, lorsque l'acte de concession n'implique aucune idée de travaux publics. Mais il ne faut pas oublier que le principe du *contentieux administratif* cité plus haut n'a pas toujours été admis; il est l'aboutissant d'une curieuse évolution jurisprudentielle qui, d'ailleurs, ne paraît pas encore complètement achevée.

Les concessions de l'Etat ne soulevaient pas de difficultés sur ce point. Les dispositions contractuelles des concessions qui ne supposent pas l'existence d'un travail public, sont, en effet, facilement assimilables à des *marchés de fournitures* passés par l'administration, en vue du fonctionnement d'un service public. Or, un texte, l'article 14 du décret du 11 juin 1806, prévoit expressément la compétence du Conseil d'Etat

(1) Notez cependant que les litiges se rattachant aux clauses des conventions intervenues entre l'Etat et les compagnies de chemins de fer relatives à la garantie d'intérêt et au partage des bénéfices appartiennent au Conseil d'Etat en premier et dernier ressort en vertu de l'article 29 du décret du 6 juin 1863 rendu en exécution de la loi du 11 juin 1859. (Voy. un arrêt du Conseil d'Etat du 18 septembre 1903, *D.* 1905. 3, p. 5.)

pour les litiges entre l'Etat et ses fournisseurs ⁽¹⁾. Par analogie, la nécessité de recourir à cette haute juridiction en premier et dernier ressort s'imposait dans notre hypothèse. Pour les autres concessions, l'hésitation restait permise, si on les assimilait à des marchés de fournitures, entre la compétence administrative et la compétence judiciaire. Mais aujourd'hui, étant donnée la jurisprudence du Conseil d'Etat résultant notamment de l'arrêt Thérond du 4 mars 1910 (*D. P.* 1912. 3. 57) d'après laquelle tout procès qui implique l'appréciation d'un acte contractuel de l'administration doit être porté devant les tribunaux administratifs, pas de difficulté; à défaut de texte attribuant au Conseil de préfecture ou à un autre tribunal la connaissance de l'affaire, le Conseil d'Etat est compétent. Malheureusement, comme nous l'indiquons, ce principe n'est pas admis, même actuellement, sans restrictions. Mais, même si l'on approuve le revirement de jurisprudence résultant de l'arrêt du 31 juillet 1912 « Société des Granits porphyroïdes des Vosges contre ville de Lille » (*Rec.* 1912, p. 909), rendu conformément aux conclusions de M. Léon Blum, arrêt d'après lequel, lorsque l'administration a traité avec un particulier par le moyen « d'un contrat de droit commun appartenant à un des types classés et régis par le droit civil et s'est placée par là même sous l'empire du droit civil ou du droit commercial » les tribunaux judiciaires sont compétents, il n'y a pas de doute possible. Il serait difficile, semble-t-il, de contester aux clauses contractuelles des concessions le caractère de « contrat administratif ». M. Léon Blum lui-même semble bien dans ses conclusions pour l'affaire « Granits des Vosges » précitée, le leur avoir reconnu.

§ 2. — *Les modifications aux clauses contractuelles ne sont possibles que par un accord de volontés des parties.*

Les clauses des concessions de service public qui ont le caractère contractuel ne peuvent être modifiées qu'à la suite

(1) Même solution si le concédant était une colonie. (Décret du 5 août 1881, article 3.)

d'un *accord de volontés du concédant et du concessionnaire*, et jamais par un acte unilatéral des gouvernants, qu'il s'agisse du concédant, des autorités chargées du contrôle de la concession ou même du législateur. Lorsque le concessionnaire estime qu'un acte de l'autorité porte atteinte à sa situation subjective, il a un recours juridictionnel devant le juge du contrat. Il faut bien remarquer que, même dans le cas où l'acte critiqué de l'administration a le caractère objectif, le concessionnaire ne saurait exercer le recours pour excès de pouvoir. Cette voie de droit, ayant en effet pour raison de sanctionner la violation du droit objectif, ne peut être fondée sur la violation d'un contrat.

Dans ledit cas où le concessionnaire critique un acte objectif de l'administration, comme portant atteinte à sa situation contractuelle, le juge n'a pas à s'enquérir de la légalité de cet acte, mais à se demander si à sa suite il se produit une modification à une situation juridique subjective. Dans l'affirmative, il doit décider que l'acte objectif ne sera *pas opposable* au bénéficiaire de cette situation, mais il faut bien remarquer qu'il n'en prononcera pas l'annulation.

Le Conseil d'Etat s'inspire de ces principes lorsqu'il décide que le recours pour excès de pouvoir n'est pas recevable de la part d'un concessionnaire contre une décision de l'autorité administrative prétendue contraire à un « contrat de concession ». Le Conseil devrait d'ailleurs, comme nous l'avons indiqué, faire une distinction suivant qu'il s'agit des clauses contractuelles ou réglementaires. Dans le second cas, le recours pour excès de pouvoir pourrait, à notre avis, être formé par le concessionnaire comme par n'importe quel intéressé. Mais dès le moment où le Conseil d'Etat considère le concessionnaire comme dans une situation subjective vis-à-vis du concédant, il est logique avec lui-même en n'admettant pas le recours pour excès de pouvoir formé par le concessionnaire. Telle est la solution adoptée par l'arrêt du 6 décembre 1907. De même, la haute juridiction administrative a décidé, par un arrêt du 1^{er} août 1913, dans une affaire relative aux tramways

de Bordeaux, que le recours pour excès de pouvoir ne peut pas être fondé sur la violation du « contrat de concession » (*Rec.*, p. 953). Voyez aussi un arrêt du 9 février 1917 « Compagnie française des chemins de fer à voie étroite » (*Rec.*, p. 145). « Considérant », dit cet arrêt, « qu'il résulte de l'examen de l'arrêté attaqué qu'en procédant à la mise en demeure dont se plaint la Compagnie française des chemins de fer à voie étroite, le ministre des Postes n'a pas entendu exercer à son égard les pouvoirs de police et de contrôle réservés au préfet par l'article 21 de la loi du 11 juin 1880; qu'il s'est borné à revendiquer le bénéfice des avantages résultant pour l'administration des postes du contrat intervenant entre le département de la Loire-Inférieure et la Compagnie requérante, en rappelant à cette dernière les obligations qui lui incombent à cet égard et les sanctions contractuelles attachées à ces obligations; qu'il suit de là, tout à la fois, qu'en prenant l'arrêté attaqué, le ministre est resté dans la limite de ses attributions et que, s'agissant de la prétendue violation d'un contrat de concession, la Compagnie requérante à laquelle il appartenait seulement de porter, comme elle l'a fait, son action devant le Conseil de préfecture si elle se croyait lésée, n'est pas recevable à attaquer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, les dispositions de l'arrêté précité. » (Rejet.)

Mais si l'atteinte aux clauses contractuelles résulte d'une loi formelle, que décider ? En France, le concessionnaire n'aurait en ce cas, à l'heure actuelle, aucun recours. Mais il n'en est pas moins vrai que la loi qui modifierait les dispositions contractuelles d'une concession serait contraire au Droit Supérieur et ne devrait pas être opposable au concessionnaire.

Au cours des débats parlementaires à l'occasion du rachat de l'Ouest, M. Millerand, répondant à Jaurès, affirmait l'impossibilité pour l'Etat de se soustraire, même par une loi formelle, à ses obligations contractuelles. Jaurès prétendait que si l'Etat était gêné dans ses négociations avec la Compagnie de l'Ouest par les obligations qu'il avait assumées dans les conventions de 1883, il lui appartenait de faire une loi qui, sous

prétexte d'interpréter cette convention, délierait l'Etat de ses obligations (1). M. Millerand éleva à la Chambre une protestation particulièrement énergique :

« Si j'ai bien compris l'honorable M. Jaurès, il ne répugne pas à l'idée qu'au cas où les difficultés entre la Compagnie de l'Ouest et de (*sic*) l'Etat, quand vous auriez repoussé la convention, deviendraient trop aiguës et où il paraîtrait qu'elles risqueraient de coûter trop cher aux contribuables, le Parlement pourrait peut-être recourir à une loi interprétative. Une loi interprétative ! Comment ! un contrat est passé entre une compagnie et l'Etat, des difficultés s'élèvent sur l'interprétation du contrat entre les deux parties, et l'une des parties règle elle-même des difficultés en interprétant toute seule le contrat ! Est-ce possible ? Que deviendrait la parole de l'Etat et j'ose dire le crédit même de l'Etat si les engagements pris au nom du pays pouvaient être le lendemain, ou vingt ou trente ans après — le temps ne fait rien à l'affaire — reniés avec cette désinvolture ?

» ... Quand des engagements sont pris au nom du pays, il ne dépend pas, suivant les changements de majorité ou suivant les changements d'opinion d'une même majorité, de revenir sur les contrats qui ont été passés, sur les engagements qui ont été pris et de les modifier au gré de ses intérêts (2). »

L'impossibilité pour l'Etat de modifier unilatéralement un contrat auquel il est partie a été reconnue expressément par le Conseil d'Etat dans l'arrêt (*dame Orcibal et sieur Leclère*) du 12 décembre 1902, *Rec.*, 1902, p. 750; *S.*, 1905. III. 93. « Considérant », dit cette décision, « que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, qu'il suit de là qu'il n'appartenait pas au ministre de se dégager de ses obligations. »

Cette solution avait d'ailleurs été admise déjà, au moins

(1) 1^{re} séance du 3 décembre 1909, *J. O.*, Déb. parl. Ch., p. 3143.

(2) 1^{re} séance du 3 décembre 1909, *J. O.*, Déb. parl. Ch., p. 3145.

Voyez aussi 1^{re} et 2^e séance Ch. 10 décembre 1909.

implicitement, par un arrêt du 8 août 1896, rendu dans les circonstances suivantes : au moment de l'annexion de la Savoie et du comté de Nice était intervenu entre certains établissements ecclésiastiques de ces pays et l'Etat français un accord, aux termes duquel lesdits établissements ayant remis au gouvernement français des titres de rentes (*cartelles*), ce dernier s'était engagé à payer, sous forme de traitement, une somme représentant les arrérages de ces titres. En 1883, le Parlement ayant refusé d'inscrire au budget les crédits nécessaires pour les pensions dues aux ecclésiastiques savoyards, le ministre refusa par conséquent de les ordonnancer. La décision du ministre fut annulée par le Conseil d'Etat (arrêts du 8 août 1896) ⁽¹⁾, qui renvoya les parties devant ledit ministre pour la liquidation de la dette, ce qui équivalait à condamner l'Etat à exécuter ses obligations contractuelles, malgré la décision du Parlement. Dans la séance de la Chambre du 22 décembre 1899, M. Caillaux, ministre des finances, demandant un crédit pour se conformer à la décision du Conseil d'Etat, fit la déclaration suivante : « ... nous avons l'obligation de payer nos dettes... » (*J. O.*, Débats Parl. Chambre. Séance du 22 décembre 1899, p. 2326.)

Plus tard, le Conseil d'Etat a rendu, au profit de la Fabrique et du Chapitre de la cathédrale d'Annecy, un arrêt dans le même sens que les arrêts précités de 1896 et pour les mêmes motifs. (Conseil d'Etat, 1^{er} juillet 1904, *Fabrique de l'église cathédrale d'Annecy, vicaire capitulaire, abbés Suize, Albert et autres, chanoines de la cathédrale d'Annecy. Rec.*, p. 533.)

(1) Arrêt *Evêque de Saint-Jean-de-Maurienne et autres* (8 août 1896) et Arrêt. *Fabrique de l'église cathédrale de Saint-Jean-de-Maurienne* (même date), *Rec.*, p. 663 et suiv.

CHAPITRE X

Répercussion des modifications aux dispositions réglementaires sur les clauses contractuelles. — Responsabilité des gouvernants.

§ 1. — *Indemnité au cas de modification par un règlement.*

Deux points sont acquis :

1° Les clauses contractuelles de la concession n'admettent aucune modification sans l'accord préalable des parties;

2° Les gouvernants ont le pouvoir de modifier à tout instant les clauses réglementaires.

Mais dans cette dernière hypothèse une répercussion sur les clauses contractuelles est à prévoir, parce qu'il en résulte habituellement une aggravation des charges du concessionnaire. Dans ce cas, la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à reconnaître la nécessité d'indemniser le concessionnaire du préjudice qu'il éprouve. Cette manière de voir a été admise en particulier par les arrêts précités du Conseil d'Etat du 4 août 1905, du 6 décembre 1907, du 11 mars 1910.

« Considérant d'ailleurs », dit l'arrêt du 6 décembre 1907, « que si les Compagnies requérantes se croient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes et qu'il est porté atteinte aux conventions intervenues entre les parties, il leur appartient de porter telle réclamation que de droit devant le Conseil de préfecture compétent pour statuer sur les litiges en matière de concession de travaux publics par application de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII. »

On objecte pourtant que, lorsqu'une règle générale a pour effet de rendre plus onéreuse la situation d'un débiteur quelconque, il ne lui est pas dû de bonification par son créancier, sauf dans le cas d'une augmentation de charges absolument imprévisible. Pourquoi donc faire une situation privilégiée à celui qui a contracté avec l'Etat ? Ce principe est, en effet, incontestable, mais, selon nous, ne saurait trouver ici son application. Sans doute, si un concessionnaire prétend qu'il est lésé par une règle nouvelle, édictée sans considération d'espèce, qui a pour résultat de lui occasionner un dommage dans les mêmes conditions qu'à un grand nombre d'individus indéterminés, il ne lui est certainement pas dû d'indemnité. Cette solution a été consacrée par un arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 1909 ⁽¹⁾, refusant à la Compagnie Générale Transatlantique, concessionnaire de services postaux maritimes, des dommages-intérêts réclamés en raison de l'accroissement de charges que lui aurait causé le décret du 22 juin 1904, modifiant le mode de jaugeage des navires, car il s'agissait d'une règle n'atteignant pas seulement la Compagnie demanderesse, mais tous les armateurs. D'une façon bien différente, se présente le cas qui nous intéresse, c'est-à-dire celui où un concessionnaire demande réparation d'un préjudice résultant pour lui d'un changement apporté *aux clauses réglementaires* organisant le service; nous sommes sans doute en présence d'une disposition par voie générale, mais qui a spécialement et directement pour effet de rendre plus onéreuse la situation dudit concessionnaire, et celle-là seulement.

§ 2. — *Indemnité au cas de modification
par une loi formelle.*

Une autre objection pourrait nous être faite : L'indemnité est-elle due, quand le fonctionnement du service est modifié non par un règlement, mais par une loi formelle ? Nous répondons : assurément. Aucune différence n'existe au fond entre

⁽¹⁾ *Rec.*, p. 890.

un règlement — loi au sens matériel —, d'une part, et une loi à la fois matérielle et formelle, d'autre part. Il s'agit dans les deux cas d'une disposition par voie générale, constatation et mise en œuvre de la règle de droit; la seule distinction possible entre ces deux actes tient à l'organe qui les a faits et n'implique qu'une question de forme. Pour expliquer qu'une réparation n'est pas due, lorsque la modification est apportée par une loi formelle, il faudrait admettre l'irresponsabilité de l'Etat, en raison des actes du Parlement, fondée sur la notion de souveraineté. Or cette notion est aujourd'hui bien critiquée et cède la place à celle de service public. L'Etat cesse de plus en plus d'être considéré comme une personne morale titulaire d'un droit subjectif de puissance publique, de *l'imperium*, du pouvoir de donner des ordres inconditionnés, pour être regardé comme un groupe de gouvernants qui ont le devoir de réaliser par le moyen des services publics la solidarité sociale dans un pays déterminé. Il est faux de soutenir que les actes du Parlement s'imposent obligatoirement et ne sauraient jamais engager la responsabilité de l'Etat par ce fait seul qu'ils constituent « l'expression de la volonté souveraine de la nation ». En réalité, ils traduisent seulement *les volontés des représentants* qui les ont votés, et ils ne reflètent pas toujours fidèlement l'état d'esprit du pays. D'ailleurs, en supposant même la conformité desdits actes avec la volonté des électeurs, cela ne suffirait pas pour établir leur légitimité (Ils ne méritent le respect des gouvernés que dans la mesure où ils sont en harmonie avec les principes supérieurs du Droit objectif) ni pour justifier l'irresponsabilité de l'Etat législateur. La souveraineté nationale n'est qu'une fiction qui tend à donner une base juridique à l'autorité des gouvernants qui n'est qu'un pouvoir de fait. Cette expression doit être bannie du langage juridique moderne, et nul n'est autorisé, à notre avis, à l'invoquer comme fondement de l'irresponsabilité de l'Etat en raison d'une loi formelle.

En pratique, d'ailleurs, notre conception de la responsabilité de l'Etat en cette matière a été consacrée par la loi du

3 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau qui, dans son article 3, prévoit une indemnité au profit des concessionnaires lésés par suite des obligations souvent très lourdes auxquelles elle les assujettit. Nos adversaires insistent : le fait d'accorder expressément une indemnité, comme nous en trouvons un exemple dans la loi précitée, ne constitue-t-il pas une exception, une faveur du législateur et ne prouve-t-il pas que la règle serait, d'après les principes généraux de notre droit, le refus de toute réparation ? Gardons-nous bien de nous laisser tromper par les apparences. Ledit article 3, en effet, n'a pas pour objet de poser le principe des dommages-intérêts, mais seulement de donner au Conseil d'Etat compétence en matière de litige au sujet du montant de la réparation. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au rapport de M. Berthel, à la Chambre des députés :

« Nous devons, tout d'abord, observer que cet article ne règle qu'une pure question de compétence et n'a nullement pour effet d'établir ou de consacrer en faveur des compagnies un droit à indemnité qu'elles ne tiendraient pas des autres principes généraux de notre législation. L'article ne dit point que des indemnités sont dues aux compagnies et fixées par le Conseil d'Etat, il attribue seulement à cette assemblée juridiction souveraine sur les indemnités que les compagnies *pourraient* réclamer de l'Etat. » (Sirey, *Lois annotées*, 1909, p. 830.)

Que faut-il décider si la règle nouvelle n'a pas prévu expressément une indemnité ? Les tribunaux administratifs pourront-ils en accorder une ? Certainement, répondons-nous avec M. Duguit, ces derniers seraient obligés de le faire. Nous avons dit que cette manière de voir est admise par le Conseil d'Etat au cas de modifications par un règlement; la même solution s'imposerait si le dommage résultait d'une loi formelle. Les grandes compagnies de chemins de fer auraient donc été recevables et fondées à introduire une demande en vue d'obtenir une réparation du préjudice à elle occasionné

par les lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911, sur les retraites des cheminots. A notre connaissance d'ailleurs, le Conseil d'Etat n'a jamais eu à se prononcer dans des espèces absolument semblables : c'est-à-dire au cas de dommages résultant d'une loi formelle modifiant *uniquement l'organisation d'un service concédé* et portant seulement atteinte à la situation du concessionnaire. Nous pensons toutefois que pour les raisons déjà exposées la haute juridiction administrative n'hésiterait pas à accorder une réparation.

§ 3. — *Fondement de l'indemnité.*

Si la nécessité d'une indemnité est aujourd'hui reconnue en général sans difficultés, la question du fondement de ladite indemnité est fort discutée. Les opinions peuvent se ramener à trois. Nous avons tout d'abord *la théorie de la responsabilité contractuelle* : Le concédant serait tenu de dédommager le concessionnaire par suite d'une *violation du contrat*. Le Conseil d'Etat, en parlant d'une « *atteinte aux conventions* », semble avoir admis ce point de vue, mais bien à tort, car, ici, par hypothèse, les clauses contractuelles n'ont pas été modifiées par les gouvernants, puisqu'un acte unilatéral ne suffit pas pour y apporter des changements et que, d'autre part, le concédant est censé exécuter fidèlement ses obligations contractuelles. Au surplus, ne saurait-on invoquer l'inobservation du contrat *par le concédant* dans les cas où l'acte modificatif des clauses réglementaires émane d'une *autorité autre que ledit concédant*.

L'inexactitude de cette théorie est apparue à M. Jèze, qui refuse de voir dans ces cas une violation du contrat. Pour lui, la promulgation d'une règle aggravant les charges du concessionnaire n'engage la responsabilité du concédant que dans le cas où *la modification n'a pu être prévue au moment de la passation du contrat* ⁽¹⁾. Avant la guerre 1914-1918, on pou-

(1) Jèze. in R. D. P., 1908, p. 63. — *Les Principes généraux du droit administratif*, 2^e édit., p. 214, note 2.

vait opposer utilement à cette opinion, comme l'a fait M. Duguît ⁽¹⁾, une jurisprudence constante, appuyée sur l'avis des auteurs de Droit civil ⁽²⁾, d'après laquelle une loi nouvelle, assimilée à un cas fortuit, ne justifiait pas, de la part du débiteur lésé, une demande d'indemnité à son créancier. Mais à la suite de l'arrêt célèbre du 30 mars 1916 (Gaz de Bordeaux) ⁽³⁾, s'est développée la théorie de l'imprévision qui prend le parti du contractant victime d'un préjudice exceptionnel résultant de circonstances *absolument imprévisibles*.

Le mérite de cette opinion ne nous échappe point, mais nous ne pouvons nous empêcher de lui adresser un reproche : Ou bien elle se conforme strictement à la théorie nouvelle de l'imprévision et alors elle ne vise que les cas extrêmes, laissant de côté ceux qui, sans être exceptionnels, ont cependant une réelle importance, ou bien elle étend en dehors de ses limites normales ladite théorie de l'imprévision. Elle pêche donc ou par excès ou par défaut.

Pour cette raison, nous réservons nos préférences pour la façon de voir de M. Duguît ⁽⁴⁾. Notre savant maître estime qu'il

⁽¹⁾ Duguît, Responsabilité pouvant naître à l'occasion de la loi, *R. D. P.*, 1916, p. 650.

⁽²⁾ Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, 3^e édit. 1906. I. p. 487.

⁽³⁾ *Rec.*, p. 143.

⁽⁴⁾ Duguît, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. 3, p. 417.

« ... Il est certain aussi qu'en acceptant les clauses contractuelles, le concessionnaire prenait en considération les conditions d'exploitation qui lui étaient imposées, le régime suivant lequel devait fonctionner le service. L'analyse juridique distingue très nettement les clauses contractuelles et les clauses réglementaires; elle marque les caractères différents qui leur appartiennent. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il existe entre elles un lien indissoluble et que le concessionnaire n'accepte les premières que parce qu'il connaît les secondes et qu'il devra exploiter suivant elles le service qui lui est concédé. Par conséquent, si l'Etat, usant de son droit incontestable, modifie les conditions d'exploitation, le concessionnaire est certainement fondé à prétendre que toute l'économie de la concession est modifiée; qu'il ne peut être tenu par des clauses contractuelles qu'il n'avait acceptées que parce que l'exploitation devait se faire dans certaines conditions, que celles-ci sont modifiées et que, par conséquent, celles-là doivent être modifiées aussi à son avantage, qu'une indemnité doit lui être payée. Il n'invoque pas à vrai dire un contrat, mais ce fait que l'élément qui l'a déterminé à accepter les clauses contractuelles de la concession est

n'y a pas lieu d'invoquer l'inexécution du contrat ni de recourir à la théorie de l'imprévision. Il ne s'agit pas de responsabilité contractuelle; il faut d'ailleurs éviter de parler, en ce cas, de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, c'est-à-dire fondée sur l'idée de faute, de violation du droit. Nous supposons, en effet, que l'acte législatif ou réglementaire causant un préjudice au concessionnaire est parfaitement légal, entièrement conforme au Droit objectif. Nous sommes en présence d'un cas de *responsabilité objective des gouvernants* régie par le principe suivant : tout dommage spécial causé à un particulier dans l'intérêt de tous doit être réparé par la caisse collective, c'est-à-dire par la caisse de l'administration qui bénéficiera de la modification du service. Ledit principe est consacré par la loi du 16 avril 1914, qui met à la charge de l'Etat la moitié des dommages-intérêts et frais dus par les communes en raison de dégâts occasionnés par des rassemblements armés ou non armés sur leur territoire; ainsi que par les lois du 26 décembre 1914, et 31 mars 1919, sur les dommages de guerre.

Cette théorie ne soulève aucune objection, même lorsque le dommage résulte d'une loi formelle, si l'on repousse, comme nous l'avons fait, toute idée de souveraineté. Il s'agit

supprimé ou modifié, et qu'une nouvelle situation doit lui être faite, sous forme d'indemnité à lui allouer.

» On ne saurait alléguer que l'Etat ne doit pas d'indemnité quand il édicte une règle générale dont l'application rend plus onéreuse la situation d'un de ses débiteurs...

»... Il ne s'agit pas maintenant d'une modification apportée à l'ordonnancement juridique pris dans son ensemble, mais d'un changement imposé à un service public réglé par des clauses à la fois conventionnelles et réglementaires. La décision est édictée uniquement pour cela, elle n'est pas une disposition prise sans considération d'espèce; elle est assurément par voie générale, mais elle est prise cependant uniquement en vue du service public concédé et elle a spécialement pour conséquence de rendre plus onéreuse la situation du concessionnaire et seulement celle-là. Il est donc fondé à dire que c'est dans l'intérêt de tous que spécialement sa situation à lui a été aggravée et que, par application du principe certain d'après lequel les charges publiques doivent, autant que possible, être égalisées; qu'en vertu du principe identique d'après lequel la caisse collective doit réparer le préjudice causé à quelques-uns dans l'intérêt de tous, il est fondé à obtenir de l'Etat une indemnité.»

d'un cas particulier de responsabilité de l'Etat législateur, mais ladite responsabilité peut d'ailleurs être engagée dans d'autres hypothèses même envers des tiers non liés à l'Etat par une situation juridique, par exemple lorsqu'une loi supprime une industrie parfaitement licite pour l'ériger en service public. Rappelons seulement le cas de la loi du 2 août 1872, interdisant la fabrication d'allumettes chimiques qui a réservé à bon droit une indemnité aux entrepreneurs dont les fabriques avaient été fermées.

La controverse présente-t-elle un intérêt pratique ? Assurément, au point de vue de la compétence, lorsque la concession comporte, comme il arrive ordinairement, des travaux publics. Dans ces cas, en effet, si l'on adopte la première opinion, la connaissance des litiges ayant pour objet l'indemnité en question appartient au Conseil de préfecture juge du contrat en vertu de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII. Avec la seconde, la logique demanderait qu'on s'adresse au Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative.

Les deux premières théories voient, en cas de litige au sujet de l'indemnité, une question de contentieux subjectif. Le juge sera tenu de déterminer l'étendue de la situation juridique subjective et de prendre une décision tendant à la réaliser, ou déclarant que tel acte objectif ne lui sera pas opposable.

La troisième considère qu'il s'agit de contentieux objectif, d'une question de réparation, indépendante d'ailleurs de toute idée de faute.

Nous nous rallions à cette dernière opinion; toutefois, nous devons reconnaître qu'à l'heure actuelle, en dehors bien entendu des cas où une loi formelle en décide autrement, la compétence du Conseil de préfecture s'impose nécessairement. En effet, pour apprécier l'étendue du dommage causé au concessionnaire, il faut tenir compte des charges nouvelles à lui imposées, des bénéfices escomptés qui ne pourront se réaliser par suite des modifications légalement apportées à l'organisation du service. En cas de désaccord sur l'évaluation de l'indemnité, le juge aura à prendre en considération tous ces

éléments, et il sera amené à examiner les clauses contractuelles et souvent même à interpréter le contrat. Si ce dernier n'a subi, en effet, aucun changement, il y a cependant quelque chose de modifié, c'est l'élément qui a déterminé le concessionnaire à accepter les clauses contractuelles. Le juge devra rechercher en particulier si les parties ont prévu ou non dans le contrat l'éventualité de charges nouvelles à la suite de l'intervention d'un acte réglementaire ou législatif retouchant l'organisation du service. Si, en contractant, l'intention du concessionnaire a été de rester, en toutes circonstances, soumis aux clauses contractuelles de la convention telles qu'il les a acceptées, les dommages-intérêts ne s'imposent pas ⁽¹⁾. C'est un aléa dont il a dû tenir compte dans ses évaluations de profits et pertes en acceptant le traité. Mais, au contraire, si les parties ont entendu traiter, *rebus sic stantibus*, ce qui est l'hypothèse normale, en prenant pour base la réglementation du service résultant de l'acte de concession et du cahier des charges, la demande d'indemnité est parfaitement motivée. Le juge a donc bien, comme nous l'annoncions plus haut, à prendre en considération le contrat et peut-être même à l'interpréter. Or, quelle est, à l'heure actuelle, la juridiction compétente en pareille matière ? C'est, d'après la jurisprudence fondée sur l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, le Conseil de préfecture.

Une intervention du législateur tendant à donner d'une manière générale compétence au Conseil d'Etat pour les litiges au sujet du montant de l'indemnité serait peut-être d'ailleurs souhaitable, pour les motifs exposés dans son rapport par M. Berthet. Le plus souvent, les parties ne se contentent pas de la décision du Conseil de préfecture et font appel; puisque le Conseil d'Etat a toujours le dernier mot, il y aurait peut-être intérêt, au point de vue de la rapidité de la procédure, à donner à la haute juridiction administrative compétence en premier et dernier ressort en cette matière.

(1) Sauf bien entendu dans les cas exceptionnels où s'applique la théorie de l'imprévision.

CONCLUSION

En résumé : dans notre recherche sur la nature juridique de la concession de service public, nous avons rencontré trois théories :

a) Pour la première, la concession constitue uniquement un acte unilatéral de l'autorité. Elle est condamnée par la saine logique; il est en effet manifeste que la concession constitue dans son ensemble une convention dont certaines parties ont le caractère contractuel. On peut, en outre, lui reprocher d'être un danger pour la situation du concessionnaire et par là de compromettre la stabilité nécessaire au bon fonctionnement du service.

b) La seconde accuse une tendance contraire, elle ne voit dans la concession qu'un contrat. Théoriquement, elle nous est apparue inexacte, puisque tous les éléments de la concession ne répondent pas au type juridique de contrat. Pratiquement, elle est dangereuse pour l'intérêt public qu'elle est exposée à sacrifier à celui du concessionnaire.

En réalité, ces deux thèses sont trop exclusives. Nous pourrions reprocher aux partisans de chacune d'elles de ne pas accorder aux divers aspects de la question une attention suffisante.

c) La troisième a voulu remédier aux défauts reprochés aux deux premières et, poussant plus loin l'analyse, elle a reconnu dans la concession une opération juridique complexe, comportant des clauses de nature différente, les unes réglementaires, les autres contractuelles. Elle donne par là une interprétation des faits conforme aux principes juridiques admis à notre

époque. De plus, elle seule a le mérite de concilier l'intérêt général avec celui du concessionnaire. Les gouvernants, en effet, pourront à tout instant imposer à ce dernier les mesures exigées par les besoins du public; mais, s'il en résulte pour le concessionnaire un accroissement de charges ou une diminution des bénéfices escomptés, une juste réparation devra lui être accordée par le concédant.

Une objection pourrait cependant être faite à notre théorie. « Le droit à indemnité, nous dirait-on, ne constitue pas une garantie suffisante pour sauvegarder les intérêts du concessionnaire, d'autant plus que quelquefois cette indemnité n'est pas due par la personne administrative qui a imposé la modification au service. Votre théorie ne risque-t-elle pas de permettre à l'administration, sous prétexte de satisfaire l'intérêt public, de substituer, pour des motifs quelquefois étrangers à la bonne marche du service, un véritable pouvoir de gestion, à son droit de contrôle sans passer par la procédure du *rachat* inscrite dans le cahier des charges de la concession ? »

Nous répondrons que de telles craintes ne sont pas, selon nous, fondées, si l'on admet la théorie du détournement de pouvoir et la possibilité d'opposer à tout règlement l'exception d'illégalité. Si, en effet, les gouvernants ont été déterminés par une considération autre que le fonctionnement du service selon l'intérêt général, ou par un but différent de celui en vue duquel est reconnue leur compétence, leur acte devra être regardé comme nul.

Il est vrai que si la mesure critiquée résulte d'une loi formelle, point de recours, en France, à l'heure actuelle, comme nous l'avons déjà rappelé. Mais un législateur qui viole la Constitution ou les principes supérieurs du Droit, n'exerce-t-il pas un pouvoir tyrannique ? Dans ce cas, est-il bien sûr qu'un contrat constituerait une barrière vraiment efficace pour s'opposer à l'action de gouvernants qui ne craignent pas de mépriser les préceptes du Droit objectif ?

Nous persistons donc à admettre sans restrictions la *théorie de la concession acte complexe* : Elle seule nous autorise à

soutenir que la concession constitue un procédé d'exploitation conforme aux principes généraux des services publics, puisque, tout en respectant l'intérêt légitime du concessionnaire, elle est assez souple pour permettre aux gouvernants de faire profiter les usagers des perfectionnements de la technique et des progrès de la science.

Vu : *Le Président de la thèse,*
L. DUGUIT.

Vu : *Le Doyen,*
L. DUGUIT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 25 mai 1925.

Le Recteur de l'Académie,
F. DUMAS.

BIBLIOGRAPHIE

- ARLET (Louis). — De la responsabilité de l'Etat législateur. Thèse Bordeaux, 1914.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édit., t. 4.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 12^e édit., t. 2, publié par P. Binet, 1921.
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif, 5^e édition, 1908.
- BERTHÉLEMY. — Traité élémentaire de droit administratif, 9^e édition, 1920.
- BIBIÉ (Maxence). — Situation juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées. Thèse Bordeaux, 1919.
- BONNECASE. — Supplément au Traité de droit civil par Baudry-Lacantinerie (t. 1, 1924; t. 2, 1925).
- BLUM. — Conclusions. C. Et., 11 mars 1910. (Tramways de Marseille) Rec., p. 216. *Gazette des tribunaux*, 9 et 10 mai 1910.
- BRÊTHE. — De la nature juridique de la convention collective de travail. Thèse Bordeaux, 1921.
- BRUZIN. — Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle. Thèse Bordeaux, 1922.
- CHARDENET. — Conclusions. Conseil d'Etat, 30 mars 1916. (*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux contre ville de Bordeaux.*) Recueil Lebon, 1916, p. 125.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil, 3^e édit., 1920.
- COLSON. — Abrégé de la législation des chemins de fer.
- COLSON. — Transports et tarifs, 1908.
- DENOIX. — Discours au Sénat. Discussion du projet de loi sur les retraites des cheminots. *J. O.*, 1909. Déb. Parl. Sénat, p. 477.
- DEREUX. — Nature juridique des tarifs de chemin de fer, Thèse Paris, 1906.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif (6^e édit., Paris, 1881), t. 1.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, 2^e édition, t. 3.
- DUGUIT. — Manuel de droit constitutionnel, 4^e édition, 1923.
- DUGUIT. — De la situation des particuliers à l'égard des services publics. *Revue de droit public*, 1907, p. 411.
- GARNAUD. — Rapports de l'Etat et des grandes compagnies de chemins de fer sous le régime de la Convention du 28 juin 1921. Thèse Bordeaux, 1922.

- GAUDUCHEAU (Charles). — Le concessionnaire de service public et l'autorité concédante. (Etude de jurisprudence.) Thèse Rennes, 1912.
- GIANZANA. — Le acque nel diritto italiano. Turin, 1879, vol. 1.
- GIORGI. — La dottrina delle persone giuridiche, Florence, Camelli, vol. 2 et 3.
- GIRAUD. — De la responsabilité de l'Etat à raison des dommages naissant de la loi. Thèse Paris, 1917.
- GUILLOUARD (Jean). — Notion juridique des actes d'exécution des autorisations et des concessions administratives. Thèse Caen, 1903.
- HAURIUO. — Précis de droit administratif et de droit public général, 4^e édit., 1900.
- HAURIUO. — Précis de droit administratif et de droit public, 10^e édit. 1921.
- HAURIUO. — Note sous C. Etat, 14 févr. 1902. S. 04. III. 81.
- HAURIUO. — Le Conseil d'Etat et l'affaire du gaz de Bordeaux (réponse à Duguit.) *Revue Politique et Parlementaire*, t. 88 (1916, III, p. 41).
- JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif, 2^e édit., Paris, 1914.
- JÈZE. — Note sur C. Etat. 3 février 1905 (*Storch*). *Revue de droit public*, 1905, p. 349.
- JÈZE. — Rapports juridiques entre l'administration et le concessionnaire d'un service public. Nature juridique du cahier des charges. Note sur C. Et., 31 mai 1907 (*Deplanque*), *Revue de droit public*, 1907, p. 678.
- JÈZE. — Le recours pour excès de pouvoir peut-il être dirigé contre un règlement d'administration publique? Note sur C. Et., 6 décembre 1907. *Revue de droit public*, 1908, p. 38.
- JÈZE. — Un concessionnaire de service public a-t-il droit à une indemnité lorsqu'une règle de droit nouvelle rend plus onéreuse l'exécution des obligations qui le lient à l'administration? *Revue de droit public*, 1908, p. 58.
- JÈZE. — Les Principes généraux du droit administratif, 3^e édition, 1925.
- JÈZE. — La réintégration des cheminots. *Revue de droit public*, 1924, p. 621.
- LABBÉ. — Note sous Cour de cassation de Belgique, 21 juillet 1888, S. 1889. IV. 9.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 2^e édit., 1896, t. 1.
- LAMBERT. — La stipulation pour autrui. Thèse Paris, 1893.
- LAMÉ-FLEURY et SARRUT. — Code annoté des chemins de fer en exploitation, édit. 1905.
- LAUZERO. — Etude sur la nature juridique des tarifs de chemins de fer. Thèse Toulouse, 1910.

- LYON-CAEN. — Note sous C. Et., 16 déc. 1882, S. 83. I. 433.
- MANTELLINI. — Lo stato e il codice civile, Florence, Barbera, 1882, vol. 2.
- MESTRE. — Note sous Cour de Toulouse, 19 févr. 1919, S. 1919. II. 90.
- MILLERAND. — Réponse à Jaurès. Rachat de l'Ouest. *J. O.*, 1909, Déb. Parl., Ch., p. 3145.
- MICHOUD. — De la responsabilité de l'Etat. *Revue de droit public*, 1895, 2, p. 254; 1, p. 401.
- MILLIARD. — Discours au Sénat. Discussion du projet de loi sur les retraites des cheminots. *J. O.*, 1909, Déb. Parl. Sénat, p. 614.
- NÉZARD. — Théorie juridique de la fonction publique. Thèse Paris, 1901.
- OTTO MAYER. — Le droit administratif allemand, t. 4. (Edition française, par l'auteur. Collection Boucard et Jèze.)
- PICARD. — Traité des chemins de fer, t. 3.
- PILON. — Monopoles communaux. Thèse Caen, 1899.
- PLANIOL. — Traité de droit civil, 9^e édit., 1923.
- POINCARÉ. — Discours au Sénat. Discussion du projet de loi sur les retraites des cheminots. *J. O.*, 1909, Déb. Parl., Sénat, p. 472.
- POTHIER. — Traité des obligations, t. 1, Paris, Thomine et Fortic, 1821.
- RANELLETTI. — Theoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Torino, 1894-1897.
- RÉGLADE. — De la nature juridique de l'acte d'association. Thèse Bordeaux, 1920.
- RIPERT. — Police et Gestion. *Revue de droit public*, 1905, p. 4.
- ROGER. — Manuel juridique, théorique et pratique des transports, t. 1, 1922; t. 2, 1924.
- ROLLAND. — Les retraites des cheminots et le droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics. *Revue de droit public*, 1909, p. 520.
- SAINCTELETTE. — Contrats d'utilité publique. *Revue de droit international*, t. XX, p. 425 et suiv.
- SAINT-MARC. — De l'imprévision dans les contrats administratifs. Thèse Paris, 1918.
- SEYDEL. — Baierisches Staatsrecht, II.
- TARDIEU. — Conclusions. C. Et., 6 déc. 1907. (Grandes compagnies.) S. 1908. III. 1.
- TEISSIER. — De la responsabilité de l'Etat. *Répertoire du droit administratif* de Becquet, p. 17, et tirage à part.
- TEISSIER. — Conclusions. C. Et. 23 janvier 1903, (Chemins de fer économiques du Nord), Rec., p. 62.
- TEISSIER. — Conclusions C. Et., 15 nov. 1907 (Poirier.) Rec., p. 826.
- VALABRÈGUE. — Conclusions C. Et., 26 déc. 1891 (Compagnie du gaz de Saint-Etienne), Rec., p. 789.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1
§ 1. <i>Sens divers du mot concession</i>	1
§ 2. <i>Objet de notre étude : la concession de service public.</i>	5
CHAPITRE I. — Les services publics concédés.	7
§ 1. <i>La notion de service public.</i>	7
§ 2. <i>La concession mode d'exploitation des services publics.</i>	12
CHAPITRE II. — Importance de la notion de service public pour l'étude des concessions.	16
§ 1. <i>« Concession » d'établissements balnéaires et thermaux.</i>	16
§ 2. <i>Théâtres et casinos « concédés ».</i>	21
CHAPITRE III. — Théorie de la concession acte unilatéral.	29
§ 1. <i>Exposé de la théorie.</i>	29
§ 2. <i>Réfutation. L'acte juridique unilatéral et plurilatéral.</i>	31
§ 3. <i>Réfutation. — Le contrat.</i>	33
CHAPITRE IV. — Théorie de la concession-contrat.	36
§ 1. <i>Exposé de la théorie.</i>	36
§ 2. <i>Réfutation de la théorie de la concession-contrat.</i>	40
CHAPITRE V. — Théorie de la concession acte complexe.	47
§ 1. <i>La concession convention-contrat et convention-loi.</i>	47
§ 2. <i>Critérium des clauses réglementaires et des clauses contractuelles.</i>	50
CHAPITRE VI. — Les clauses réglementaires.	52
§ 1. <i>Généralité. — Sanctions pénales</i>	52
§ 2. — <i>Sanctions civiles</i>	58

	Pages.
CHAPITRE VII. — Recevabilité du recours pour excès de pouvoir.	62
CHAPITRE VIII. — Modifications aux clauses réglementaires.	69
§ 1. <i>Modifications par un règlement.</i>	69
§ 2. <i>Modifications par une loi formelle.</i> ..	78
§ 3. <i>Recours du concessionnaire au cas de modifications illégales.</i>	80
CHAPITRE IX. — Les clauses contractuelles.	84
§ 1. <i>Sanction des obligations contractuelles.</i>	
§ 2. <i>Impossibilité de modifications par un acte unilatéral.</i>	86
CHAPITRE X. — Répercussion des modifications aux clauses réglementaires sur les clauses contractuelles. Responsabilité des gouvernants.	91
§ 1. <i>Indemnité au cas de modification par un règlement.</i>	91
§ 2. <i>Indemnité au cas de modification par une loi formelle.</i>	92
§ 3. <i>Fondement de l'indemnité</i>	95
CONCLUSION.	100
BIBLIOGRAPHIE.	103

